DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

NOVEDADES, VICISITUDES Y RETROCESOS

EDUARDO PÉREZ ALONSO
JUAN RENÉ SEGURA RICAÑO

COORDINADORES

SECULARTE A.C.

Derecho laboral y de la seguridad social:
novedades, vicisitudes y retrocesos

Derecho laboral y de la seguridad social: novedades, vicisitudes y retrocesos

Eduardo Pérez Alonso
Juan René Segura Ricaño

Coordinadores

Campus Guanajuato | División de Derecho, Política y Gobierno

SECULARTE A.C.
Servicios en Educación, Cultura y Arte

Porrúa Grañén
Grupo Editorial

2022

Derecho laboral y de la seguridad social:
novedades, vicisitudes y retrocesos
Primera edición, 2022

D.R. © De los textos: los autores
D.R. © De la presente edición:
Lascuráin de Retana núm. 5, col. Centro, C.P. 36000, Guanajuato, Gto., México

Secularte A. C. Servicios en Educación, Cultura y Arte
Pastita núm. 140, int. 6, C.P. 36090, Guanajuato, Gto.

Diseño de portada y maquetación: Luis Villalobos

ISBN:978-607-441-920-7

Distribuido digitalmente por Grupo Editorial Grañén Porrúa

Advertencia: ninguna parte del contenido de este ejemplar, incluido el diseño de portada, puede reproducirse, almacenarse o transmitirse total o parcialmente de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste electrónico, fotoquímico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, ya sea para uso personal o de lucro, sin la previa autorización por escrito de los editores.

Impreso y hecho en México • *Printed and made in Mexico*

Índice

El teletrabajo y los derechos humanos
Juan Carlos Aguilar Ramos 9

Calificación de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales ocurridos en teletrabajo en el contexto de la legislación chilena
José Antonio Santander Gidi 31

¡Todos a jugar! Erradiquemos el trabajo infantil
Luz Adriana Rico Páez 55

La inconstitucionalidad de las pensiones en la rama de riesgos de trabajo del IMSS
Ángel Guillermo Ruiz Moreno 83

Experiencia de la ASPAAUG en la implementación del FAS para el apoyo al pago de complemento de pensiones de los trabajadores de la Universidad de Guanajuato
Claudia Lizbeth Reyes Montúfar
Raúl Hernández Silva
Miguel Ángel Ortiz Gil 109

La subcontratación-*outsourcing* y el teletrabajo.
Reformas recientes en México
José Cervantes Herrera 137

La conciliación efectiva: la esperanza para la despresurización
en el derecho laboral mexicano
José Jafet Noriega Zamudio 171

La huelga: novedades en su regulación en la reforma laboral
Sergio Pallares y Lara 191

El derecho al empleo y el fracaso del constitucionalismo social
Eduardo Pérez Alonso 219

El teletrabajo y los derechos humanos

Juan Carlos Aguilar Ramos [1]

A María y Juan Carlos, mis hijos

Introducción

En diciembre de 2019, la ciudad de Wuhan, China, se convirtió en el epicentro de la pandemia de la enfermedad del SARS-COV-2, originada en el mercado mayorista de mariscos de Huanan, pues los afectados con el virus padecían una neumonía desconocida que tenía vinculación con los trabajadores de dicho mercado. El virus se propagó por el globo terráqueo y la Organización Mundial de la Salud (OMS) le dio la calidad de pandemia el 11 de marzo de 2020.

Tal pandemia vino a restructurar los aspectos sociales, académicos, laborales, culturales, económicos y antropológicos de las personas en todo el mundo. La inmediata reacción sanitaria de los Estados, política pública para evitar la propa-

[1] Egresado de la Facultad de Contabilidad y Administración de la Universidad de Guanajuato. Generación 1995-1999. Actualmente es titular de la Coordinación de Batallón de Seguridad en Carreteras e Instalaciones Guanajuato de la Guardia Nacional.

gación del virus, fue el resguardo domiciliario, la sana distancia y la adopción de medidas básicas de higiene, tales como lavarse las manos con agua y jabón, el uso de cubrebocas, mascarillas, gel y espray sanitizantes.

México no permaneció aislado al impacto de la pandemia. El SARS-COV-2 fue reconocido por el Consejo de Salubridad General como enfermedad grave de atención prioritaria a través del acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de marzo de 2020, dando paso a la "Jornada Nacional de Sana Distancia". Después, el 24 de marzo del mismo año, la Secretaría de Salud emitió un acuerdo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, por el que se establecieron las medidas de mitigación y control de riesgos para la salud relacionadas con la enfermedad del virus, y que los sectores público, privado y social pusieron en práctica para contener la expansión del virus que había puesto en jaque al mundo.

Entre los sendos acuerdos publicados por las diversas dependencias de la administración federal a lo largo de 2020, surge una regulación jurídica enfocada en las relaciones de trabajo de carácter estatal que, en medio del citado contexto, resulta oportuna tanto para el Estado como para sus trabajadores, al verse obligado este último a garantizar los derechos humanos de las personas trabajadoras de grupos vulnerables. En el sector privado, por su parte, las relaciones laborales se mantuvieron incólumes con respecto a los contratos individuales, colectivos, contratos ley o condiciones generales de trabajo que correspondiesen al amparo de la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B, artículo 123 constitucional. Todo ello con estricto apego a los derechos laborales de las y los trabajadores en los sectores público, social y privado. En tales Acuerdos se subraya el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC[2]) que los trabajadores requieren para realizar el trabajo a distancia, ya fuese para el sector público o el privado.

---

[2] Definidas en el párrafo tercero del artículo 330-A de la Ley Federal del Trabajo como el conjunto de servicios, infraestructura, redes, *software*, aplicaciones informáticas y dispositivos que tienen como propósito facilitar las tareas y funciones en los centros de trabajo, así como las que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en particular los componentes tecnológicos que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información.

Así nació una regulación jurídica laboral denominada *teletrabajo*, cuya forma de organización surge en nuestro país tras la publicación en el *Diario Oficial de la Federación,* el 11 de enero de 2021, del "Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona al capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo", cuya entrada en vigor fue a partir del 12 de enero de 2021. Tal regulación impacta, como lo abordaremos más adelante, en los derechos humanos de la segunda, tercera y cuarta generación.

El objetivo del presente texto es fijar la transversalidad de los derechos humanos de la segunda, tercera y cuarta generación con la reciente reforma en materia de teletrabajo, así como poner en prospectiva las labores, funciones y procesos que son susceptibles de realizarse en casa.

El derecho humano al trabajo

El derecho al trabajo es un derecho social, económico y cultural de la llamada "Segunda Generación de los Derechos Humanos". Fue recogido dentro del constitucionalismo social, reconocido, orgullosamente, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, y en de 1919 por la Constitución de Weimar. Por tanto, al ser un derecho humano con las características de universalidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e indivisibilidad,[3] no puede haber un distingo con respecto a las personas, ni respecto del tipo de trabajo que desempeñen; éste no debe ser coartado a ninguna persona, siempre y cuando sea lícito.

En el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* se señala, en su artículo 6, párrafo primero: "Los Estados partes en el presente Pacto

[3] Cfr. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, José Luis Caballero Ochoa & Christian Steiner, "Estándares sobre principios generales", en *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I,* México, unam / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013, pp. 5-17.

reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".[4] Esto se traduce en el respeto a la persona y su dignidad, así como a la libertad del individuo para elegir un trabajo que le permita el desarrollo personal y la integración a la sociedad y la economía.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental que goza de elementos esenciales e interdependientes como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad,[5] y que es reconocido en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, artículo XIV, y en la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales* (mejor conocido como "Protocolo de San Salvador").

Se advierte la presencia de los derechos humanos de la tercera y cuarta generación, es decir, los derechos de solidaridad que pretenden incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos valiéndose del uso de los avances en ciencia y tecnología. Javier Bustamante Donas los vincula de manera directa con las nuevas tecnologías y Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba se refiere a ellos como *derechos digitales*, subdividiéndolos en derechos relativos a existir digitalmente, derecho a la reputación e identidad digitales.[6]

---

[4] Cfr. Sánchez-Castañeda, Alfredo, "El derecho al trabajo frente a la jurisprudencia nacional e internacional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa & Christian Steiner (coord.), en *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013, pp. 691-737.

[5] Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2015, pp. 65-68.

[6] Vásquez, Daniel, *Los derechos económicos y sociales en Latinoamérica: ¿la ideología importa?,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, 2015, fascículo 4, pp. 33-44.

Teletrabajo

La publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, con fecha de 11 de enero de 2021, del "Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo", insertó en el derecho laboral mexicano una nueva forma de organización laboral vinculada a los anglicismos *homework* y *homeworker*, sin confundirse con los trabajos *freelance*.

Antecedentes

Para Julio Téllez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (unam), el teletrabajo tiene su origen en los años setenta del siglo xx con Robert Weiner y su concepto *teleworking*. En 1976, el físico Jack Nilles introduce el término *telecommuting,* del que surgieron posteriormente, en Francia, conceptos como *networking*, *homeworking*, *telehomeworking* y *teletravail*, con la idea central de llevar el trabajo al trabajador y no a la inversa; pero en dicha época, el desarrollo tecnológico no permitió su implementación.[7]

En nuestro país, la reforma en la presente materia tiene su origen en la iniciativa de la sesión ordinaria el 9 de octubre de 2018, presentada por la senadora Alejandra Noemi Reynoso Sánchez, integrante del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (pan). Dicha iniciativa de proyecto de decreto, aprobada por la Cámara de Senadores en sesión extraordinaria de fecha 19 de junio de 2019, reformó el artículo 311 y adicionó el capítulo XII bis a la Ley Federal del Trabajo. El día 3 de septiembre de 2019, en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados, se dio cuenta de la minuta remitida en la que se contenía el proyecto del Decreto

[7] Cfr. Téllez, Julio, "Teletrabajo", en Miguel Carbonell, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, unam-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 729 y 739.

y, el mismo día, dicha minuta fue turnada a la Comisión de Trabajo y Previsión Social para dictamen.

Dentro del contenido de la minuta referida se justifica la necesidad de la reforma, considerando que el teletrabajo supone una posición más cómoda o de ventaja para la persona trabajadora y le implica beneficios, comodidad o ahorro, pues le permite generar mayores posibilidades de desarrollo personal y se proyecta positivamente en su núcleo familiar, haciendo efectivo de igual manera el derecho al acceso a las TIC, previsto en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La intención de la reforma es considerar al teletrabajo como un instrumento generador de empleo y autoempleo a través de la utilización de las TIC, lo cual contribuye a una sociedad más incluyente, participativa y con mejor calidad de vida, conciliando vida personal y trabajo.[8]

En el marco internacional, el teletrabajo está regulado en España, Colombia y Argentina. Ahora también en México, pero distinguiéndolo claramente de la figura jurídica del trabajo a domicilio, regulado en el artículo 311 de la Ley Federal del Trabajo. El punto distintivo entre trabajo a domicilio y teletrabajo es que en este último, de manera inexorable, se utilizan los recursos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

La inserción de dicha figura jurídica en la ley laboral mexicana fue motivada ante la situación de la pandemia sanitaria, tomando al teletrabajo como una medida para mantener el distanciamiento físico y contener la propagación del COVID-19. Al emplear las TICse genera una mayor posibilidad ocupacional para ciertos sectores de la población, en especial, el de las mujeres, pues hace compatibles el trabajo y las responsabilidades familiares, ya que siguen recayendo en ellas las labores del hogar, del cuidado y educación informal de los hijos. También se

[8] Cfr. Cámara de Diputados LXIV Legislatura, "Dictamen de la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Minuta Proyecto de Decreto que por el que se reforma el artículo 311 y adiciona el Capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo de fecha 24 de noviembre de 2020", *Gaceta Parlamentaria,* núm. 5668-XV, 8 de diciembre de 2020, Ciudad de México.

da mayor accesibilidad al campo laboral a personas con alguna discapacidad física o adultos mayores.

De igual manera, es menester hacer evidente que la reforma en sus artículos 330-C y 330-D de la Ley Federal del Trabajo establece la inclusión de esta modalidad laboral en los contratos colectivos de trabajo, garantizando con ello que el teletrabajador tenga conocimiento de los procedimientos de libertad sindical y negociación colectiva, conforme a las obligaciones previstas en el numeral 132, fracción XXXII y XXXIII, de la norma en estudio. En caso de no contar con contrato colectivo de trabajo, el patrón deberá incluir tal figura en el reglamento interior de trabajo.

En la disertación realizada por la Cámara de Diputados, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el "Foro de Diálogo Mundial", celebrado en 2016, se destacó como beneficios sociales y laborales del teletrabajo los relativos a desplazamientos más breves de la casa al trabajo y menores gastos personales y equilibrio entre la vida personal y laboral, haciendo más eficiente las responsabilidades profesionales, lo cual se traduce en pro de los empleadores con mayor productividad, menores gastos generales y acceso a una fuerza laboral más amplia, diversa, motivada, capacitada y con menos estrés.

Otra de sus ventajas es que hace frente a los problemas medioambientales y de congestión urbana, también promociona oportunidades laborales más incluyentes, pero no deben dejarse de lado los impactos negativos, tanto económicos como sociales, que serán expuestos en las conclusiones.

Concepto

El *teletrabajo* es definido en el artículo 330-A de la Ley Federal del Trabajo como una forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, utilizando primordialmente las tecnologías de la

información y comunicación[9] para el contacto y mando entre el teletrabajador y el patrón.

En la "Guía para implementar el teletrabajo en los Centros de Trabajo, en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19", publicada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, se define al *teletrabajo* como la manera de realizar el trabajo a distancia utilizando las ventajas de las tecnologías de la información y la comunicación, el cual habitualmente se lleva a cabo en el domicilio del trabajador o alternándose entre la casa y la oficina.

Martha Alicia Alies define el *teletrabajo* de la siguiente manera:

> Aquel que se hace para un empleador; parece cosa obvia, pero es la mejor definición, pues se confunde habitualmente teletrabajo con trabajos 'free lance' u otras variantes en esa dirección.
>
> Pero el segundo elemento que caracterizo el teletrabajo es que constituye un trabajo a distancia, y el tercer elemento es que utiliza las telecomunicaciones. Es decir, implica necesariamente la transmisión del producto del trabajo por medio de comunicación. También en ocasiones involucra la transmisión por parte del empleador de los datos e informaciones útiles para el trabajo. No importa cuáles sean esos medios de comunicación, pueden ser un teléfono, un fax o medios más sofisticados, como redes locales o satelitales, correo electrónico, videoconferencias o cualquier otra cosa no conocida aún.
>
> Las tecnologías de información no sólo presuponen información como un enlace con su empleado, sino un elemento fundamental en la tarea a realizar, como consultar una base de datos, navegar en la red en busca de información relacionarse con personas de cualquier parte del mundo y de un mismo equipo de trabajo o compañía.[10]

---

[9] *Ibidem*, p. 8.

[10] *Ibidem*, pp. 5-6.

En la exposición de motivos del Decreto de la reforma en estudio, la Cámara de Diputados define el teletrabajo como una forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas sin requerir la presencia física del trabajador en el centro laboral y empleando las tecnologías de la información y la comunicación para realizar sus labores.

Principios

Dentro de la "Guía para implementar el teletrabajo en los Centros de Trabajo, en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19", publicada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, se destacan cinco principios que cimientan el teletrabajo:

- *Confianza,* la cual debe ser reciproca; el patrón tiene que confiar en el teletrabajador y este alimentar la confianza del primero con la entrega en tiempo del trabajo garantizando su calidad, por lo que debe existir una comunicación constante bajo un principio ético de verdad.
- *Soberanía del tiempo,* el cual implica que el teletrabajador sea capaz de administrar su tiempo, equilibrando la vida personal con la laboral al imponerse horarios de trabajo y respetándolos, de manera que se fomente una desconexión fuera del mismo.
- *Respeto de la vida personal,* principio bilateral, el patrón debe respetar y ser flexible con los horarios del trabajador y este debe ser capaz de distanciarse de la familia para evitar distracciones mientras realiza el trabajo. Tal Principio está contemplado en la fracción VI, artículo 330-E, de la Ley Federal del Trabajo.
- *Voluntariedad,* debe ser volitivo tanto para el trabajador como para las empresas.
- *Reversibilidad,* debe existir la garantía para el trabajador de que su puesto de trabajo presencial estará disponible cuando le sea posible regresar al

centro de trabajo. Se tiene previsto en el artículo 330-G de la Ley Federal del Trabajo.[11]

¿Quién es un teletrabajador?

Es la persona que presta sus servicios. Para ello utiliza las TIC. Es el personal remunerado y subordinado, en un lugar distinto a las instalaciones de la empresa o fuente de trabajo del patrón.

De igual manera, para que se regule la relación laboral como teletrabajo, los servicios que se presten deben desarrollarse por más de cuarenta por ciento del tiempo en el domicilio de la persona trabajadora o en el domicilio elegido por ésta.

Ventajas y desventajas

Respecto de las ventajas, inconvenientes y dificultades del teletrabajo en las TIC, la OIT señala como ventajas las siguientes:

Para el empleador

- Amplía la cartera de trabajadores calificados.
- Reduce la propagación de enfermedades.
- Reduce costos inmobiliarios, mobiliarios, consumo de servicios básicos como agua, luz, etcétera.
- Aumenta la productividad.
- Da cumplimiento a las disposiciones legales en materia de contratación de personas discapacitadas y de otros grupos vulnerables.
- Se reducen la tasa de rotación del personal y el absentismo.

[11] Secretaría del Trabajo y Previsión Social, "Guía para implementar el teletrabajo en los Centros de Trabajo en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19", en *Gobierno de México*, abril de 2020.

- Se aumenta la motivación del personal.
- Se mejoran las estrategias de continuidad de la empresa y la capacidad para administrar las actividades desarrolladas en distintos husos horarios.
- Incrementa la adaptabilidad cultural.

Para el teletrabajador

- Mejor equilibrio entre la vida laboral y la vida privada.
- Mayores ahorros derivados en la reducción de gastos relacionados con la necesidad de un vehículo, pago de pensión o estacionamiento, transporte público, ropa de trabajo, alimentos y seguros.
- Reducción en el tiempo de desplazamiento.

Herramientas tecnológicas

Adoptaremos, para efectos del presente trabajo, como definición de las TIC la prevista en el párrafo tercero del artículo 330-A de la Ley Federal del Trabajo, donde se encuentran comprendidos:

- Los *sistemas de telefonía*, los cuales son herramientas que impulsan una comunicación directa entre el trabajador y el empleador, siendo estas líneas fijas, equipos móviles y aplicaciones digitales, tales como *WhatsApp, Google Duo, Telegram, WeChat*.
- Los *sistemas de videoconferencia*, los cuales permiten mantener una conversación virtual en tiempo real entre trabajadores y empleadores, ya sea en video, por sonido y/o por texto a través del internet, propiciándose con ello la realización de capacitación a distancia, reuniones de trabajo, atención a clientes, etc.; dentro de tales aplicaciones podemos mencionar a *Zoom, Google Hangouts y Skype*.
- Las *bases de datos y sistemas de información*, los cuales ayudan a administrar, recolectar, recuperar, procesar, almacenar y distribuir información

relevante para los procesos fundamentales y las particularidades de cada centro de trabajo, siendo algunos las siguientes plataformas: *WeTransfer, Google Drive, Google Docs, Google Sheets, Dropbox y One Drive*.

- *Software de colaboración*, los cuales permiten que los sujetos de la relación laboral tengan acceso a archivos y documentos para trabajar de manera conjunta a través de internet, destacándose herramientas de comunicación electrónica, conferencia, gestión colaborativa, gestión de proyectos y almacenamiento y transferencia de archivos, algunos ejemplos son *Microsoft Teams, Skype y Trello*.
- El correo electrónico, el cual permite enviar y recibir mensajes, en caso de manejarse intranet deben habilitarse los permisos correspondientes, destacándose los servicios de e-mail tales como *Gmail*, *Outlook* y *Yahoo!*, entre otros.

Contrato

Las condiciones de trabajo, tales como nombre, nacionalidad, edad, sexo y domicilio de las partes; naturaleza y características del trabajo; monto del salario, fecha y lugar o forma de pago y equipo e insumos de trabajo, deben estar contenidas en un contrato que debe basarse en el marco jurídico básico establecido en el artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo, el cual tiene que adicionarse al artículo 330-B en sus fracciones de la I a la VII.

Asimismo, se deben incluir las estipulaciones relacionadas con las obligaciones de seguridad y salud que se entreguen a la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo; la descripción y monto que el patrón cubrirá por concepto de pago de servicios en el domicilio que ocupe el teletrabajador para desarrollar la actividad laboral; mecanismos de contacto y supervisión entre las partes; distribución y duración de horarios en donde se contemplen las jornadas laborales, mismas que sin duda alguna deben estar sujetas a todas aquellas estipulaciones que las partes convengan y a lo previsto en el capítulo relativo a la jornada de trabajo, regulado en los artículos 58 al 68, de la Ley Federal del Trabajo.

Obligaciones contractuales

Dentro de los artículos 330-E y 330-F de la Ley Federal del Trabajo se encuentran las obligaciones especiales de los patrones y de los teletrabajadores bajo el tenor siguiente:

A. PATRONES

Obligaciones

- Proporcionar, instalar y dar mantenimiento a los equipos de cómputo, sillas ergonómicas e impresoras al teletrabajador.
- Pagar los salarios en la forma y fechas estipuladas.
- Asumir los costos derivados de dicha modalidad de trabajo, tales como el pago de servicios de telecomunicación y la parte proporcional de electricidad.
- Llevar registro de insumos entregados al teletrabajador en cumplimiento a las disposiciones y en materia de seguridad y salud en el trabajo, dispuestas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Estableciéndose en el artículo 330-J de la Ley Federal del Trabajo la elaboración de una Norma Oficial Mexicana que regule las condiciones especiales de seguridad y salud desarrolladas bajo esta modalidad de trabajo, misma que deberá emitir la Secretaría de Trabajo y Previsión Social dentro del plazo de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigor del Decreto de Reforma (a partir del 12 de enero de 2021 corre el plazo indicado en el Transitorio Segundo del Decreto en mención para la publicación de tal NOM).
- Instrumentar mecanismos para preservar la seguridad de la información y los datos utilizados por el teletrabajador.
- Respetar el derecho de desconexión del teletrabajador al término de la jornada laboral.
- Brindar seguridad social al trabajador.
- Capacitar y asesorar al teletrabajador para garantizar un aprendizaje y uso adecuado de las TIC's.
- Garantizar el derecho a la intimidad de teletrabajador, respetando el marco jurídico en materia de protección de datos personales, ello al emplear mecanismos,

sistemas operativos y cualquier otra tecnología utilizada para supervisar.[12] Se podrán utilizar las cámaras de video o micrófonos para supervisar el trabajo de manera extraordinaria o cuando la naturaleza de las funciones así lo requieran.

Derechos

- Recibir oportunamente el trabajo.

B. TELETRABAJADOR

Obligaciones

- Guarda y conservación de equipos, materiales y útiles que reciba del patrón.
- Informar oportunamente los costos pactados para el uso de los servicios de telecomunicaciones y del consumo de electricidad.
- Obedecer y conducirse con apego a las disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo establecidas por el patrón.
- Atender y utilizar los mecanismos y sistemas operativos para la supervisión de sus actividades.
- Atender las políticas y mecanismos de protección de datos utilizados en sus actividades, así como las restricciones sobre uso y almacenamiento.

Derechos

- Gozar de un trabajo digno o decente y de igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, seguridad social y acceso a mejores condiciones laborales, haciéndose efectivo, de la misma manera que a los trabajadores presenciales, lo previsto en el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo.

Atribuciones y deberes de los Inspectores del teletrabajo

En el artículo 330-K de la Ley Federal del Trabajo se contienen las atribuciones y obligaciones especiales de dichos inspectores, las cuales consisten en comprobar que los patrones lleven registro de los insumos entregados al teletrabajador en cumplimiento a las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo; vigilar que los

[12] Dicha obligación se encuentra contenida en el artículo 330-I de la Ley Federal del Trabajo.

salarios no sean inferiores a los que se pagan a los trabajadores presenciales con funciones iguales o similares; y constar el debido cumplimiento de las disposiciones en materia de teletrabajo.

El futuro es el teletrabajo

Ante la automatización a velocidad de la luz que estamos experimentando, así como el impulso a la regulación normativa por un virus que aún sigue cobrando vidas en todo el mundo, las políticas de la sana distancia y del desarrollo de las actividades laborales desde el hogar (que se han implementado tanto en el sector público como el privado), podemos caer en cuenta que el futuro laboral será la figura del teletrabajo. Esto coincide con la generación del "proletariado digital"[13] derivado del desplazamiento de millones de trabajadores por robots implementados en fábricas y oficinas. Tales personas trabajarían remotamente desde casa para compañías de internet, tendrían trabajos más dignos y ambientalmente sanos, ya que trabajarían frente a una computadora en la comodidad de su casa.

La oferta laboral de los teletrabajadores aumenta y se diversifica. Éstos ofrecen sus servicios en plataformas de internet, tales como *upwork.com* y *freelancer.com*, a empleadores que buscan diseñadores de páginas *web*, programadores de *software*, diseñadores gráficos, administradores de blogs, editores de textos, traductores, transcriptores, secretarias virtuales, especialistas en leer y responder correos electrónicos, vendedores y contadores. En estos sitios, los trabajadores publican su *curriculum vitae*, así como los costos de sus servicios y las evaluaciones de sus clientes acerca de su trabajo, siendo entrevistados por sus futuros empleadores en la propia plataforma y posteriormente contratados.

La aceleración tecnológica nos lleva a imaginar que las jóvenes generaciones desempeñarán trabajos aún no concebidos, cuyas herramienta básicas serán las

[13] Cfr. Oppenheimer, Andrés, *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización,* México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018, pp. 315-347.

TIC. Finlandia, en sus planes de estudio de 2020, ha enfatizado cuatro competencias clave para hacer frente a estos cambios laborales: la comunicación, la creatividad, el pensamiento crítico y la colaboración.

En entrevista con Oppenheimer, Benjamín Pring, director del Centro para el Futuro del Trabajo, enlista entre los trabajos del futuro a la biotecnología, la computación cuántica, la industria de la ciberseguridad, la realidad virtual, la realidad aumentada, la exploración espacial, la medicina preventiva y todo lo relacionado con mejorar el estado físico de las personas.

Ante esta nueva economía digital, la tendencia, sin duda alguna, será el teletrabajo independiente, lo que propiciará a los trabajadores mayor flexibilidad en sus horarios y mayores oportunidades de crecimiento al convertirse en pequeños empresarios de la economía digital.[14]

Oppenheimer señala que, en la presente década de los 2020, la mayor parte de los trabajos se darán en las siguientes diez áreas genéricas: asistentes de salud, analistas de datos, ingenieros de datos y programadores, policías digitales, asesores de ventas, cuidadores y programadores de robots, profesores y maestros, especialistas en energías alternativas, artistas, deportistas y creadores de entretenimiento, creadores y diseñadores de contenidos comerciales y consejeros espirituales. Todos estos trabajos tendrán que estar regulados por la figura del teletrabajo.

En ese mismo orden de ideas, la segunda parte de la regulación normativa que garantiza el derecho humano del teletrabajo queda consagrada, al menos en México, en el cumplimiento a lo dictado en el artículo 132, fracción XVII, de la Ley Federal del Trabajo, en donde se dicta la obligación del patrón de cumplir con el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo; del mismo modo, en el cumplimiento del artículo 134, fracciones II y X, en donde se establece la obligación del trabajador de observar las disposiciones contenidas en el reglamento y de someterse a los reconocimientos médicos para comprobar que no padece ninguna incapacidad o enfermedad de trabajo.

---

[14] *Ibidem*, p. 327.

Queda como tarea pendiente la actualización del marco normativo segundario (reglamento y normas) que dé claridad en las relaciones laborales entre patrón y trabajador con la modalidad de teletrabajo y en la definición de la identificación de los posibles riesgos laborales derivados del teletrabajo, así como las afectaciones psicosociales derivadas de éste.

Conclusiones

Con la creación del teletrabajo, el derecho al trabajo, correspondiente a la segunda generación, adquiere una interdependencia con los derechos humanos de la tercera y cuarta generación. Esto es así toda vez que en los derechos humanos de la tercera generación se contempla incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, señalándose dentro de éstos el uso de los avances en las ciencias y la tecnología, vinculados con los relativos a los derechos humanos de la cuarta generación al contenerse dentro de ellos los derechos digitales.

La pandemia del covid-19 propició reformas estructurales en las formas de organización laboral de todo el mundo, tanto para el sector público como para la iniciativa privada, pues las políticas públicas del distanciamiento social y confinamiento en los hogares de todos los habitantes del planeta, implementada por los Estados como medida preventiva sanitaria para controlar el contagio, paralizaron en inició actividades sociales, económicas y culturales.

De dichas medidas de confinamiento quedaron excluidas las actividades relacionadas con la defensa de la soberanía nacional, de seguridad pública, de servicios de salud, de protección civil y demás actividades vinculadas a bienes y servicios de carácter esencial o que, por su propia naturaleza, debían prestarse de manera presencial. Estos trabajadores, considerados como grupos vulnerables al encontrarse en calidad de adultos mayores de 60 años, personas con discapacidad, mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y personas con enfermedades crónicas no transmisibles, como diabetes, hipertensión, problemas pulmonares, hepatitis, enfermedades metabólicas, obesidad mórbida, insuficiencia renal, lupus,

cáncer o cardiaca, fueron enviadas a sus hogares a realizar trabajo en casa. Quienes no subsumieron en dichas hipótesis acudieron a los centros de trabajo de manera alternada, sin exceder de las 8 horas de la jornada laboral.

Lo anterior trajo consigo que el intercambio de información o el trabajo realizado en casa fuera remitido a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) tanto en el sector privado como en el público. Se pusieron de moda la videoconferencias, las cuales permearon incluso en las audiencias de naturaleza judicial en el Poder Judicial de la Federación y en los Poderes Judiciales Estatales. Ello para cualesquiera de las materias del derecho, lo que suscitó la creación de plataformas digitales en las universidades y en las empresas, con el fin de continuar con el desarrollo de las actividades ordinarias que se desarrollaban hasta antes de la pandemia. Mudamos la oficina a la casa, nos convertimos en *homeworkers* o teletrabajadores.

La ciencia del derecho no pudo permanecer quieta, impávida ante tales acontecimientos sociales y de salud que trastocaron la vida de todos los habitantes del planeta, se vio en la obligación de regular esa realidad a través de la norma, pues se trabajaba en casa con el uso de las TIC (para efectos de evitar un colapso económico y político), por lo cual el legislador se vio en la imperiosa necesidad de insertar en la Ley Federal del Trabajo la figura jurídica del teletrabajo como una nueva forma de organización laboral subordinada, cuyo punto diferenciador es el trabajo a domicilio sin que se requiera la presencia física del trabajador en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las TIC.

Por ello, la reforma del 11 de enero de 2021, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en materia de teletrabajo, trajo consigo los derechos para el teletrabajador de recibir equipos necesarios para el desarrollo de sus actividades, el pago del salario en la forma y fechas estipuladas y la posibilidad de cubrir los gastos derivados del trabajo, tales como el servicio de telecomunicación y electricidad (sujeto a las cláusulas contractuales, ya que difícilmente se podrá definir cuál fue la proporción de los gastos de dichos servicios empleados para el desarrollo del trabajo); además, prevé el tratamiento correcto de la información y datos utilizados, considera el momento de desconexión al término de la jornada laboral, el derecho a tener seguridad

social, derecho a recibir capacitación y asesoría para garantizar la adaptación, aprendizaje y el uso adecuado de las tecnologías, derecho a tener una relación laboral equilibrada para gozar de un trabajo digno y decente y derecho a la aplicación de una perspectiva de género que permita conciliar la vida personal.

La reforma no es clara en cuanto a los riesgos de trabajo. Si bien es cierto que se deja al patrón la obligación de establecer disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, las cuales debe acatar el trabajador, la modalidad en que se miden los riesgos de trabajo también debe evolucionar, pues, por ejemplo, ya no existirá el riesgo de trabajo generado por el desplazamiento del teletrabajador hacia el centro de trabajo. ¿Acaso un accidente en el hogar en las horas laborales será considerado accidente de trabajo? Es una pregunta que surge a bote pronto, pero tales hipótesis serán resueltas en su momento por los juzgados especializados en materia del trabajo.

Cabe precisar que la regulación del teletrabajo no puede abarcar todas las actividades, pues sólo pueden contemplarse en su regulación aquellas actividades, profesiones u oficios de carácter intelectual, es decir, de profesiones que impliquen el *intuitu pesonae*, como las académicas, las ventas por internet, administrativas, contables, etcétera.

Las profesiones del futuro, vinculadas con la economía digital, tendrán que regular las estipulaciones en materia de teletrabajo. En esta dinámica, debemos actualizarnos de manera permanente para no ser reemplazados por un *software*, lo cual implicaría otra interesante regulación jurídica.

Referencias

Cámara de Diputados LXIV Legislatura, "Dictamen de la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Minuta Proyecto de Decreto que por el que se reforma el artículo 311 y adiciona el Capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo", 24 de noviembre de 2020, *Gaceta Parlamentaria,* núm. 5668-XV, 8 de diciembre de 2020, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 2021.

Consejo de Salubridad General, "Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus sars-cov2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia", *Diario Oficial de la Federación*, núm. 24, 23 de marzo de 2020, Ciudad de México.

----------, "Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus sars-cov2 (covid-19)", *Diario Oficial de la Federación*, núm. 34, 30 de marzo de 2020, Ciudad de México.

Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, José Luis Caballero Ochoa & Christian Steiner (coord.) (2013). "Estándares sobre principios generales". En *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana,* t. I. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

Instituto Nacional de Transparencia, "Acuerdo mediante el cual se aprueban diversas medidas para garantizar los derechos de protección de datos personales y acceso a la información, ante la situación de contingencia generada por el denominado virus covid-19", 31 de marzo de 2020, *Diario Oficial de la Federación,* núm. 32, 27 de marzo de 2020, Ciudad de México.

Oppenheimer, Andrés (2018). *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*. México: Penguin Random House Grupo Editorial.

Parra Vera, Óscar (2015). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

Presidencia de la República, "Decreto por el que se sanciona el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus sars-cov2 (covid-19)", *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo de 2020, Ciudad de México.

----------, "Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus sars-cov2 (covid-19)", *Diario Oficial de la Federación*, 27 de marzo de 2020, Ciudad de México.

Sánchez-Castañeda, Alfredo (2013). "El Derecho al trabajo frente a la jurisprudencia nacional e internacional". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa & Christian Steiner (coord.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia constitucional e interamericana I*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / Universidad Nacional Autónoma de México / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

Secretaría de la Función Pública, "Acuerdo por el que se establecen los criterios en materia de administración de recursos humanos para contener la propagación del coronavirus covid-19, en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal", *Diario Oficial de la Federación,* núm. 24, 23 de marzo de 2020, Ciudad de México.

----------, "Acuerdo por el que se aclara y reforma el diverso por el que se establece la suspensión de plazos y términos legales en la Secretaría de la Función Pública, como medida de prevención y combate de la propagación del coronavirus covid-19", *Diario Oficial de la Federación*, núm. 32, 27 de marzo de 2020, Ciudad de México.

----------, "Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos para el intercambio de información oficial a través de correo electrónico institucional como medida complementaria de las acciones para el combate de la enfermedad generada por el virus sars-cov2 (covid-19)", *Diario Oficial de la Federación*, 17 de abril de 2020, Ciudad de México.

Secretaría de Salud, "Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus sars-cov2 (covid-19)", *Diario Oficial de la Federación*, núm. 26, 24 de marzo de 2020, Ciudad de México.

----------, "Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2", *Diario Oficial de la Federación*, núm. 36, 31 de marzo de 2020, Ciudad de México.

----------, "Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos técnicos relacionados con las actividades descritas en los incisos c) y e) de la fracción II del Artículo Primero del Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2", 31 de marzo de 2020, *Diario Oficial de la Federación,* núm. 8, 06 de abril de 2020, Ciudad de México.

----------, "Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus sars-cov2", 31 de marzo de 2020, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de abril de 2020, Ciudad de México.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social, "Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo", *Diario Oficial de la Federación,* 11 de enero de 2021, Ciudad de México.

----------, "Guía para implementar el teletrabajo en los Centros de Trabajo en el marco de las acciones para enfrentar el covid-19", *Gobierno de México* (portal web), abril de 2020. Recuperado el 11 de mayo de 2021.

----------, "Ley Federal del Trabajo", *Diario Oficial de la Federación*, 1 de abril de 1970, México.

Téllez, Julio (2007). "Teletrabajo". En Miguel Carbonell, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión* (pp. 729 y 739). México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Vásquez, Daniel (2015). *Los derechos económicos y sociales en Latinoamérica: ¿la ideología importa?* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales).

Calificación de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales ocurridos en teletrabajo en el contexto de la legislación chilena

José Antonio Santander Gidi [1]

Introducción

La pandemia provocada por el COVID-19 implicó el aislamiento de un porcentaje importante de la población, que de forma voluntaria, o por cuarentenas decretadas por la autoridad, se confinaron en sus domicilios. Sin embargo, la actividad productiva no debía paralizarse, lo que generó un nuevo reto para el derecho laboral.

La novedad del teletrabajo consiste en trasladar el lugar donde se desarrolla la actividad productiva, que por regla general es de propiedad del empleador, a un lugar determinado por el trabajador, generalmente, su propio domicilio.

En muchos países ya existían normas reguladoras del derecho del teletrabajo, pero éstas no estaban preparadas para la nueva realidad que implicó el aumen-

[1] Magister en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Universidad de Concepción, Magister en Educación Superior, mención Pedagogía Universitaria; docente en la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

to exponencial de trabajadores que emigraron del trabajo clásico-presencial a la modalidad de teletrabajo. De manera que, en un tiempo muy rápido, en comparación con los plazos normales de una discusión legislativa, se dictaron leyes o resoluciones tendientes a regular el trabajo a distancia o teletrabajo que, en el caso de Chile, se materializó en la ley No. 21.220.

Se debe dejar claro que la ley antes mencionada no creó desde cero el teletrabajo. Dicha figura ya existía de forma incipiente desde 2001, con la dictación de la ley No. 19.759, que agregó un inciso al artículo sobre la jornada laboral. La pandemia aceleró este traslado y cambio en el lugar del trabajo. Se debe tener presente que esta modalidad de trabajo se quedará en muchas empresas como algo definitivo y, superada la pandemia, no se volverá al trabajo tradicional-presencial.

Antes de proseguir con este estudio, se hace necesario distinguir las diferentes modalidades de teletrabajo que existen. En efecto, tenemos el BYOD, el COPE y el COBO. En el BYOD (Bring Your Own Device), el usuario final es propietario del dispositivo (teléfono móvil, *tablet*, portátil), donde el administrador de la organización genera un *Workspace* o "perfil de trabajo" (WorkProfile), dentro del cual administra políticas y restricciones de seguridad. En cambio, en COPE (Corporate Owned Personal Enable) y el COBO (Corporate Owned Business Only) el dispositivo (teléfono móvil, *tablet*, portátil) es propiedad de la organización, y el administrador tiene acceso y control total del dispositivo, implementando políticas de seguridad y restricciones.[2] Este estudio recae sobre estas dos última formas de teletrabajo, ya que la primera se refiere a plataformas digitales, como *Uber*, *Cabify*, entre otras.

Éste es un nuevo paradigma, donde el empleador puede ejercer sus facultades de control y fiscalización, al mismo tiempo asumir el deber de protección al trabajador, respetando su derecho de privacidad e inviolabilidad de su hogar.

El cambio del lugar donde se desarrolla la actividad laboral adelgaza la línea que distingue un accidente o una enfermedad calificada como *común* de aquella

[2] Pumarino Mendoza, Andrés, "Conceptos relevantes de teletrabajo", en *Artículos de Derecho, empresa y tecnología*, núm. 6, 2020.

considerada como un accidente o enfermedad calificada como *profesional*. Esta distinción no es menor, ya que las reglas de responsabilidad son diferentes, así como las coberturas médicas, pensiones, etcétera.

Este trabajo tiene por objeto establecer algunas directrices objetivas para poder determinar si el accidente o la enfermedad bajo una modalidad de teletrabajo son calificados como comúnes o profesionales.

Teletrabajo

Historia

La existencia del teletrabajo o trabajo a distancia no es un hecho nuevo en el ordenamiento jurídico. En efecto, este surge en Estados Unidos en 1957, sin embargo, no fue hasta la década de los setenta cuando otra crisis puso el tema sobre la mesa. En aquellos años, la crisis del petróleo a nivel mundial provocó que las empresas hayan acordado realizar una reorganización en sus procesos productivos, con el fin de disminuir el consumo de productos derivados del petróleo y así ahorrar gastos. Fue el físico, Jack Nilles, quien introdujo por primera vez el término *tele desplazamiento*.

Sin embargo, tales ideas no prosperaron, principalmente por motivos de la falta de tecnologías que permitiera el trabajo desde el hogar. Tuvieron que transcurrir más de 60 años para que otra crisis replanteara el uso del teletrabajo, pero esta vez había una diferencia: el confinamiento ya no era voluntario y las tecnologías sí permitían su implementación. De este modo, había terreno fértil para este cambio de paradigma de las relaciones laborales.

No obstante, muchas legislaciones, entre ellas la chilena, tenían normas que se podían asimilar a teletrabajo, pero que en ningún caso estaban preparadas para esta realidad mundial que se estaba viviendo.

En 1978 se dictó en Chile la ley núm. 2.200, donde se estableció que el contrato a domicilio se consideraba un contrato de trabajo, siendo éste uno de los primeros

esbozos del reconocimiento del trabajado ejecutado en el propio domicilio. Sin embargo, tres años después, la ley núm. 18.018 anexó un nuevo inciso al artículo 8 del Código del Trabajo, disponiendo lo siguiente: "Tampoco dan origen a dicho contrato los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que los realizan o en un lugar libremente elegido por ellas, sin vigilancia, ni dirección inmediata del que los contrata",[3] teniendo como resultado que los trabajadores a domicilio fueran excluidos de la aplicación de la normativa laboral.

No fue hasta el 2001 cuando se agregó al artículo 22 del Código del Trabajo una regla que excluía del control de asistencia los trabajadores que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones. Claramente, dicha norma era absolutamente insuficiente para lo que estaba ocurriendo en 2020, por lo que se tuvo que dictar rápidamente la ley Núm. 21.220.

Así, aunque en un primer momento, al regular esta figura, el legislador pensó en formas de producción artesanales y básicamente manuales, lo que originó fue que en 1978 se excluyera dicha actividad de la regulación laboral. Hoy en día, el teletrabajo es la modalidad principal de fenómenos de trabajo a domicilio,[4] por lo que cobra vital importancia proteger a este grupo de trabajadores debido a que se pretende utilizar dentro del domicilio del trabajador mecanismos de control y vigilancia que tiene el empleador sobre el trabajador y que chocan de pleno con los derechos constitucionales a la "intimidad personal y familiar" y a la "inviolabilidad del domicilio", lo que trae aparejado un problema no menor, ya que en sentido estricto dicho domicilio —al menos en lo que respecta al teletrabajo— desempeña al mismo tiempo el papel de lugar de trabajo.[5]

---

[3] Ruiz Godoy, Rodrigo, "El teletrabajo: hacia una nueva forma de trabajo en Chile", en *Revista de Derecho Universidad San Sebastián, Ciencias Sociales y Jurídicas,* núm. 25, 2019, p. 7.

[4] Selma Penalva, Alejandra, "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", en *Temas Laborales*, núm. 134, 2016, p. 131.

[5] *Ibid.*, pp. 134-135.

Concepto

Intentar buscar un concepto es importante, ya que debemos distinguir entre *trabajo doméstico* y *teletrabajo*, considerando que ambas figuras existen en la actualidad y que en un principio se puede entender como figuras similares. Además, y como ocurre en muchas definiciones, tenemos tantos conceptos como autores. Así, por ejemplo, encontramos que "el teletrabajo es la actividad laboral remunerada que un trabajador realiza en acuerdo con la empresa para la que labora para realizar sus actividades fuera de la sede de la empresa, comunicándose con apoyo de las tecnologías de la información. Generalmente el lugar donde se realiza es el domicilio del trabajador".[6]

Por otro lado, se ha definido como "una forma flexible de organización del trabajo; que consiste en el desempeño de éste fuera del espacio habitual de trabajo, durante una parte importante de su horario laboral, pudiendo realizarse a tiempo parcial o completo. Engloba una amplia gama de actividades y requiere el uso frecuente de TIC's para el contacto entre el trabajador y la institución".[7]

En el caso de la legislación chilena, el artículo 152 *quáter* G de la ley Núm. 21.120 señala que se entiende como *teletrabajo* para esta ley:

> [...] aquel en que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Este trabajo a distancia es denominado teletrabajo, en aquellos casos que los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

---

[6] Martínez Sánchez, Rebeca, *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*, Quito, Editorial Abya-Yala / UPS, 2012, p. 145.

[7] Darville Álvarez, Paula, *et al.*, *Evaluación Sistema de Teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial. Informe de resultados*, Chile, Publicación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, Gobierno de Chile, 2018, p. 9.

Otros autores señalan que más que encontrar una definición de teletrabajo, es mejor determinar los requisitos o condiciones que deben existir para estar frente a esta figura. Así, estiman que deben existir, en forma copulativa, los siguientes requisitos: el lugar donde se desempeñan las funciones debe tener una ubicación diferente a la sede del empleador que, por regla general, es determinado por el trabajador; la utilización de medios tecnológicos para el desarrollo de la actividad y para las funciones de control y vigilancia por el empleador; y el hecho de que la realización del trabajo es un elemento esencial para la vida del trabajador, no sólo una actividad esporádica.[8] Esto quiere decir que para la ejecución del teletrabajo se requiere la utilización intensiva de determinada tecnología que permita el desarrollo de una forma productiva, alejado del centro de funcionamiento empresarial. A los elementos antes indicados debemos agregar un cuarto, y que corresponde a la existencia de subordinación y dependencia, el cual no puede faltar en cualquier relación laboral, pero que en el caso del teletrabajo se efectúa por medio de informáticos. Precisamente, éste sería el elemento diferenciador con respecto al trabajo doméstico.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Convenio 177 sobre el trabajo a domicilio, de 1996, define el teletrabajo como "cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías".[9] Como puede apreciarse, la OIT reitera la existencia de medios tecnológicos de la comunicación e información.

De entre las definiciones o conceptos que podemos encontrar de *teletrabajo*, hallamos algunos denominadores comunes, como la realización de las tareas en un espacio distinto de la sede de la empresa, ya sea que se trate del domicilio del trabajador o de otro lugar elegido por éste, o pactado, desde el cual no sea posible la vigilancia física y la utilización de tecnologías de la información y las

[8] Martínez Sánchez, Rebeca, *op. cit.,* p. 146.

[9] Organización Mundial del Trabajo (OIT), "Convenio 177 sobre el trabajo a domicilio", 1996.

comunicaciones, no sólo como medio de comunicación sino como herramienta fundamental para el desarrollo remoto de tareas que en principio tendrían que llevarse a cabo presencialmente.

Regulación del teletrabajo en diferentes naciones

En muchos países, la regulación del teletrabajo es anterior al 2020. Así, tenemos que la Unión Europea cuenta con el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET) de 2002, instrumento jurídico que constituye un marco general a escala europea sobre las condiciones de trabajo de los teletrabajadores y ajusta las necesidades de flexibilidad y seguridad para empresarios y trabajadores.[10]

En nuestra región, diez países de América Latina y el Caribe cuentan con una regulación vigente sobre teletrabajo mediante distintas jerarquías de normas legales (leyes, decretos, resoluciones ministeriales): Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá, Paraguay y Perú. Tres países tramitan ante sus parlamentos un proyecto de ley: Argentina, México y Uruguay. Los países en los que el teletrabajo estaba regulado antes de la pandemia son: Argentina (parcialmente), Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Ecuador (solo para el sector privado) y Perú (sin reglamentar).[11]

[10] Álvarez, Paola, *Teletrabajo en la experiencia extranjera*, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018.

[11] San Juan, Claudio, "Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe", en *Seguridad e higiene en el trabajo en Latinoamérica en tiempos de COVID-19*, IAS-Asociación Latinoamericana de Seguridad e Higiene en el Trabajo (ALASEHT), Argentina, 2020, pp. 28-30.

Deber de seguridad por parte del empleador en la modalidad de teletrabajo y el derecho a la intimidad del trabajador

Como denominador común de los países que han regulado el teletrabajo, está la obligación de mantener el cuidado y protección del empleador sobre sus trabajadores. Este principio no tiene excepción en el teletrabajo, por lo que se establecieron las siguienets obligaciones para el empleador: informar por escrito al trabajador acerca de los riesgos que entrañan sus labores, las medidas preventivas y los métodos de trabajo correctos, aplicables en cada caso en particular; además, y en forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá efectuar una capacitación al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud para el desempeño de sus labores.

Chile consagra el principio de seguridad en el artículo 184 del Código del Trabajo, donde obliga al empleador a tomar todas las medidas para proteger eficazmente la salud y vida de los trabajadores.

La mayoría de las regulaciones hacen hincapié en las medidas de prevención, a la par que disponen la cobertura de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Sin embargo, la aplicación de este deber de seguridad en el teletrabajo ha generado una colisión entre dos derechos. En efecto, por un lado está la obligación del empleador de cuidar eficazmente la salud y vida de su trabajador, obligación de la que no se eximen por el hecho de estar ejecutando las obligaciones laborales bajo la modalidad de teletrabajo, y por otro lado tenemos el derecho de inviolabilidad del hogar del trabajador y el respeto a su intimidad.

Al empleador se le exige cumplir con el deber de seguridad del trabajador —quien ahora se traslada, desde las dependencias de su propiedad, al lugar designado por el propio trabajador y que generalmente es su domicilio—, al mismo tiempo, y para poder cumplir con dicho deber, el empleador podría incurrir en la vulneración de los derechos a la intimidad del trabajador y a la inviolabilidad de su domicilio. Inclusive, se hace necesaria la autorización del trabajador para que el empleador ingrese a su domicilio para poder estudiar si el puesto de trabajo

cumple con las condiciones de seguridad y salud señaladas en las normas vigentes sobre la materia.

En general, la obligación que tiene el empleador del "deber de protección del trabajador" incide en tres ámbitos fundamentales: la protección de su capacidad laboral, la protección de su capacidad económica y la protección integral de su persona-vida, bienestar, dignidad e intimidad.[12] Es en este último punto donde se genera la colisión de derecho en el teletrabajo.

El deber de seguridad, parte del deber más general de protección y que emana del contrato de trabajo, no sólo integra la naturaleza del contrato, sino que se trata de un deber esencial y principal del mismo, cuya regulación no puede quedar entregada a la autonomía de las partes porque comprende una serie de normas que derivan de la esencia de la relación laboral.[13]

En un ejercicio de derecho comparado, tenemos por ejemplo a España, donde la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional Española reconoce, mediante la sentencia Núm. 42/2004, que se hará necesario "conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral (art. 20.3 ET) y el del trabajador a proteger su intimidad personal y familiar y su domicilio (art. 18.1 y 2 CE), no pudiendo aquél acceder personalmente al domicilio del trabajador sin el consentimiento de éste, ni tampoco ningún otro tipo de cargos o personas relacionadas con la empresa".[14]

En la legislación chilena, el deber de seguridad se encuentra regulado en el Libro II Código del Trabajo chileno que se denomina "De la protección de los trabajadores", y concretamente dentro del Título I sobre Normas Generales —artículos 184 a 193— y del Título III, que trata "Del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales" —artículos 209 a

---

[12] Garriguez Giménez, Amparo, *La organización del trabajo en la empresa (II). El deber de protección del empresario, Derecho del Trabajo*, 3ª edición, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2007, p. 408.

[13] Thayer, William & Patricio Novoa, *Manual de derecho del trabajo*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1980, t. II, pp. 318-343.

[14] Sentencia Social núm. 42/2004, Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Ponente: Daniel Basterra Montserrat, Sección 1, Rec 207/2003, 31 de mayo de 2004.

211—. El precepto medular dentro de las normas anotadas es el artículo 184 del Código del Trabajo, que establece en sus incisos 1° y 2°:

> El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.

El problema del 184 del Código del Trabajo contiene algunos conceptos jurídicamente indeterminados, tales como el "eficazmente", las "condiciones adecuadas" y los implementos "necesarios" para prevenir los accidentes y enfermedades profesionales que, en la práctica, han sido motivo de intenso debate, a los efectos de establecer la naturaleza de la responsabilidad civil del empleador. Para algunos estudiosos del tema, esta responsabilidad es estricta al exigirse un determinado resultado —que no se produzcan accidentes del trabajo—, mientras que para otros está basada en la culpa por el tenor expreso del artículo 69, letra *b)* de la ley Núm. 16.744. En la misma línea de lo expresado se encuentra el Convenio 155 de la OIT, cuando atribuye al empleador deberes de cuidado con respecto a los factores de riesgo "que estén bajo su control", es decir, aquellos riesgos inherentes a su actividad y que desde una perspectiva técnica deba conocer para poder impedirlos.

En Chile no existe una ley especial que regule de un modo orgánico los conceptos básicos que dicen tener relación con la prevención de riesgos en el trabajo, tal como ocurre en España;[15] nuestra realidad es la de una gran cantidad de reglamentos, resoluciones, circulares e instrucciones emanadas de las autoridades fiscalizadoras.

---

[15] Ley 31/1995 del 8 de noviembre, "de prevención de Riesgos Laborales", *BOE,* 10 de noviembre de 1995, núm. 269, España.

Por su parte, el teletrabajo no exime al empleador de adoptar y mantener las medidas de higiene y seguridad pertinentes para proteger la vida y salud del trabajador, aun cuando las funciones se desarrollan en un lugar determinado por éste. El rol del empleador es tomar todas las precauciones necesarias, desde advertir los posibles riesgos hasta tener las cotizaciones al día, para que opere de buena forma la protección de la ley. Sin embargo, quien determinará, en definitiva, si fue o no accidente laboral, será la autoridad correspondiente.

Es aquí donde radica el problema sobre cómo compatibilizar esta obligación del empleador con el deber de protección y su facultad de dirección y, a su vez, con el derecho de intimidad del trabajador, ya que el lugar en que el trabajador está desempeñando sus funciones no fue construido ni diseñado para el ejercicio de una actividad laboral, sino por el contrario, su objetivo es el descanso del trabajador.

Afortunadamente, las herramientas tecnológicas de las que disponemos en la actualidad permiten separar y disociar el control de la actividad laboral del ámbito privado. Por ejemplo, restringiendo la verificación de la actividad productiva a las redes, sitios *web*, etcétera, de la propia empresa, quedando ajena a la fiscalización del empresario la restante actividad que el empleado desempeñe en su domicilio o en el lugar donde preste servicios, logrando preservar la intimidad del trabajador.

Bajo esta premisa, y recurriendo a la legislación española, para que un empleador pueda hacer uso de su facultad de supervisión y control de las actividades requiere obligatoriamente notificar de manera previa y anticipada la inspección respectiva, además de contar con el respectivo consentimiento de su teletrabajador. A su vez, dicha supervisión se encuentra limitada, ya que deberán observarse los presupuestos de justificación, identidad, proporcionalidad y necesidad, posibilitando la consecución de las prerrogativas del empleador y también el cuidado y observancia de los derechos de sus dependientes.[16] De este modo, para verificar el cumplimiento de las medidas en materia de salud y seguridad, el empleador, los representantes de los trabajadores y las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo,

[16] Muy Pérez, Efraín, "Los vacíos jurídicos de los riesgos laborales del teletrabajo en Ecuador", en *Foro: Revista de Derecho*, núm. 35, 2021, pp. 31-32.

dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder a él serán necesarios una notificación previa y el acuerdo del teletrabajador.[17]

Una eventual solución para este conflicto es que se prefieran las inspecciones de manera remota y con la colaboración del trabajador, mediante el registro audiovisual o fotográfico de las condiciones del puesto de trabajo.

Accidente del trabajo o enfermedad profesional

Todas las normas que regulan los accidentes del trabajo se vieron en jaque con la implementación forzada del teletrabajo, en especial porque no había regulación sobre el deber de protección del empleador en un contexto de trabajo realizado desde el hogar del trabajador, lo cual es curioso, toda vez que incluso antes de suscitarse la situación de pandemia ya existían trabajadoras y trabajadores operando bajo dicha modalidad, como lo indicamos anteriormente.

Sin duda, el teletrabajo genera una serie de interrogantes que todavía no se pueden responder debido al poco tiempo que lleva en aplicación en forma masiva, además de que en muchos países se debió implementar como una respuesta rápida a la situación de confinamiento mundial, involucrando un riesgo para la salud del trabajador dado el desconocimiento del tratamiento. Esto implica que en muchos casos no existan procedimientos propios y exclusivos de prevención específicos al teletrabajo, aplicándose a los teletrabajadores el mismo régimen de salud y seguridad establecido para los trabajadores presenciales.[18]

Lo anterior no es un tema menor, ya que deberá adoptarse una de las dos alternativas: aplicamos a los teletrabajadores un régimen especial o el régimen común se adapta a esta nueva forma de trabajo. Ello significa que se deberá resolver si el

[17] Álvarez, Paola, *op. cit.*, p. 3.

[18] Muy Pérez, Efraín, *op. cit.*

accidente o la enfermedad que se produce en el lugar designado por el trabajador, y que le provocó alguna incapacidad temporal o definitiva, o incluso la muerte, se consideraría accidente laboral y no común.[19]

En esta materia volvemos a recurrir a la OIT, que en el Convenio Núm. 177, artículo 3, señala lo siguiente:

> Los trabajadores a domicilio deberían tener la obligación de: (a) respetar las medidas prescritas en materia de seguridad y salud; (b) cuidar razonablemente de su seguridad y su salud, así como de las de otras personas que pudieran verse afectadas por sus actos u omisiones en el trabajo, incluida la correcta utilización de los materiales, máquinas, herramientas y otros equipos puestos a su disposición.[20]

Por su parte, la Recomendación núm. 121[21] sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales señala que todo miembro debería, con arreglo a condiciones prescritas, considerar accidentes de trabajo los siguientes: los accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente; los accidentes sufridos durante periodos razonables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo; los accidentes sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y la residencia principal o secundaria del asalariado; el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; el lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración.

---

[19] *Ibid.*, p. 24.

[20] San Juan, Claudio, *op. cit.*

[21] Organización Mundial del Trabajo (OIT), *Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales,* núm. 121, Ginebra, Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 17 de junio de 1964.

La importancia esta recomendación radica en que considera accidente del trabajo a aquel que se produce en cualquier lugar donde se encuentre el trabajador por causa del trabajo, lo que permite reafirmar la idea de que el teletrabajo no exime en caso alguno la clasificación de un accidente laboral producido en el domicilio, habida la consideración de que el trabajador se encuentra en este lugar porque está ejecutando funciones para su empleador y durante una jornada laboral establecida.

En Chile, el sistema de Seguridad Social, en materia de accidentes y enfermedades, se divide en dos regímenes: por un lado, estarían los accidentes y enfermedades profesionales regulados por la ley Núm. 16.744 y, por otro, los accidentes o enfermedades comunes regulados por el Decreto Fuerza Ley Núm. 1 del 2005. El problema radica en que cada uno de estos sistemas tiene financiamiento, cobertura y prestaciones totalmente diferentes. Es más, la legislación chilena sólo define qué es accidente de trabajo y enfermedad profesional y no define lo que es accidente o enfermedad común. Por lo tanto, todo lo que no podría encuadrarse dentro de la primera definición tendría que entenderse como accidente o enfermedad común. Con la implementación del teletrabajo, la línea que separa ambos tipos de accidentes y enfermedad se vuelve difusa, dificultando determinar cuándo es un accidente de trabajo o cuándo es un accidente común.

Por un lado, la existencia o no existencia de teletrabajo no cambia en nada los sistemas y procedimientos de calificación de un accidente de trabajo o común. En esta materia, la Superintendencia de Seguridad Social[22] es clara en su Circular Núm. 3370 de 2018,[23] indicando que la circunstancia de que el trabajador labore en un lugar distinto a las dependencias de su empleador no exonera a éste de adoptar y mantener las medidas de higiene y seguridad pertinentes para proteger

[22] La Superintendencia de Seguridad Social (suseso) es un organismo autónomo del Estado, a cargo de fiscalizar el cumplimiento de la normativa de seguridad social y garantizar el respeto de los derechos de las personas, especialmente de los trabajadores, pensionados y sus familias.

[23] suseso, Circular 3370, *SUSESO* (portal web), Gobierno de Chile, 10 de agosto de 2019.

la vida y salud del trabajador. Por su parte, la Circular No. 3532 de 2020,[24] dictada en tiempo de pandemia y con modalidad de teletrabajo, mantiene la obligación del empleador de adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo tanto las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas como los implementos necesarios para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

El Decreto Supremo Núm. 18, dictado en abril de 2020, establece condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo a las cuales deberán sujetarse los trabajadores que prestan servicios en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo,[25] así como que los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo tienen iguales derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo que cualquier otro trabajador, con las adecuaciones que deriven estrictamente de la naturaleza y características de esa modalidad. Por lo tanto, para su protección, los empleadores deben cumplir, en esencia, las siguientes obligaciones: *a)* comunicar oportuna y adecuadamente a sus trabajadores las condiciones de seguridad y salud que el puesto de trabajo debe cumplir. Para este efecto, deberán entregar a los trabajadores los instrumentos de autoevaluación y, con dicho resultado, confeccionar una matriz de identificación de peligros y evaluación de riesgos; *b)* construida la matriz, el empleador deberá tener un programa preventivo de trabajo donde se establezcan las medidas preventivas que estimen pertinentes; *c)* proveerles los elementos de protección personal adecuados para el desempeño de las labores.

Los empleadores podrán requerir autorización a sus organismos aseguradores para la inspección del domicilio del trabajador (o del lugar en que desempeñe sus labores) en el marco de control que, con la periodicidad establecida en el pro-

---

[24] SUSESO, Circular 3532, *SUSESO* (portal web), Gobierno de Chile, 4 de septiembre de 2020.

[25] Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Decreto 18, "Aprueba reglamento del artículo 152 quáter m del código del trabajo, que establece condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo a que deberán sujetarse los trabajadores que prestan servicios en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, de acuerdo con los principios y condiciones de la ley nº 16.744", Chile, Subsecretaría del Trabajo, 23 de abril de 2020.

grama preventivo, deban realizar respecto de las medidas adoptadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, aunque siempre dependerá de la voluntad del trabajador para decidir ingresarlas a su hogar.

El organismo fiscalizador, esto es la Superintendencia de Seguridad Social, en el dictamen 125759-2020 de diciembre de 2020,[26] señaló que para que se configure un accidente de trabajo es preciso que exista una relación de causalidad entre la lesión y el quehacer laboral, la cual puede ser directa o inmediata, constituyendo un accidente "a causa", o bien, mediata, en cuyo caso será un accidente "con ocasión" del trabajo, debiendo constar el vínculo causal en forma indubitable. Así pues, tratándose de personas que laboran bajo la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia desde sus casas, es menester aclarar que no todo accidente ocurrido en la casa de la persona constituirá un accidente del trabajo. En efecto, es necesario que se acredite que haya tenido una relación al menos indirecta entre la lesión y el quehacer laboral.

De este modo, se exceptúan de la clasificación de accidente de trabajo o enfermedad profesional los accidentes domésticos, es decir, aquellos ocurridos al interior del domicilio, con motivo de la realización de las labores de aseo, de preparación de alimentos, lavado, planchado, reparaciones, actividades recreativas u otras similares que, por su origen no laboral, deben ser cubiertos por el sistema previsional de salud común.

Por su parte, se ha sostenido que el cumplimiento de una necesidad fisiológica —como es la de desayunar, tomar algún alimento o una bebida en medio de la jornada de trabajo— no rompe, a efectos de protección, la relación laboral durante el tiempo que haya de emplearse en atenderla, ya que al momento de accidentarse, la conducta de la víctima está determinada por la circunstancia de haber estado trabajando para su empleador y con el ánimo de reanudar sus labores, por lo que no podría sostenerse que fuese ajena en absoluto a dicho trabajo, siendo, por el contrario, indudable su conexión con el mismo.

---

[26] suseso, Dictamen 125759-2020, *suseso* (portal web), Gobierno de Chile, 3 de diciembre de 2020.

Propuesta

Uno de los problemas que podemos observar en la protección al teletrabajador es la falta de una normativa específica —aplicándose sólo la normativa general— sin determinar los aspectos específicos que conlleva el teletrabajo.[27]

La falta de regulación específica en cuanto a la protección del teletrabajo es que pueden convertir este tipo de actividad en una forma de empleo precario o, a lo menos, más perjudicial que un trabajo presencial, por la falta de cobertura de alguno de los aspectos esenciales del contrato de trabajo.[28]

El tema radica en que, si bien el teletrabajo es de data anterior a 2020, no hay estudios acerca de los efectos de su utilización a largo plazo y su injerencia en la salud de estos trabajadores, debido a los largos periodos de aislamiento del trabajador con respecto a las relaciones profesionales que se desenvuelven en su empresa. El elemento determinante del teletrabajo y, en general, de todo trabajo a distancia es su desenvolvimiento fuera de los centros de trabajos habituales de la empresa de referencia, lo cual produce un desarraigo de las relaciones humanas y profesionales que son fruto del contacto permanente en los locales de la empresa, lo cual puede producir perniciosos efectos colaterales, como el estrés, la ansiedad o, incluso, la presencia de síntomas relacionados con la depresión.[29]

Las patologías psicosociales derivadas de la utilización constante de las nuevas tecnologías será un desafió, ya que tendremos que crear los mecanismos destinados a diferenciar si la enfermedad se produce por el uso continuo de tecnologías para el uso cotidiano o para el trabajo. En la sociedad actual puede resultar particularmente complejo diferenciar el origen común o laboral de la

---

[27] Muy Pérez, Efraín, *op. cit.*

[28] Cervilla, Ma. José & Carmen Jover, "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, p. 4.

[29] *Ibid.*, p. 5.

contingencia sufrida.[30]

La nueva ley de teletrabajo en Chile, al tratarse de una legislación nueva e incipiente en cuanto a su aplicación práctica en los diversos espacios laborales —considerando la necesidad de regular la modalidad ya mencionada y que el porcentaje de trabajadores que ejercía sus labores desde su casa bajo una modalidad cierta de teletrabajo era considerablemente menor que hoy— propicia, tanto en la discusión doctrinal como en el análisis jurisprudencial, diversas interrogantes sobre aspectos que no han sido oportunamente desarrollados, como el de los requisitos necesarios para calificar un accidente laboral o enfermedad profesional. Un accidente en medio de una jornada de teletrabajo abre la interrogante sobre qué es considerado una eventualidad laboral y qué es una contingencia de carácter doméstico.

Si el trabajador o trabajadora, durante su periodo destinado al teletrabajo, realiza acciones propias de su quehacer doméstico diario no comprendido en sus labores de tiempo y espacio laboral, los posibles accidentes derivados de la acción de libre disposición de éste no podrían subsumirse bajo la figura del accidente laboral, toda vez que dichas acciones no se desprenden de lo que resultaría ser, por una parte, el lugar de trabajo y, por otra, las labores propias del trabajo.

Ahora bien, en un caso más grave, si al trabajador le explotó la cocina en su casa, lo quemó o incluso lo mató, ¿corresponde determinar dicha situación como un accidente del trabajo? En este caso pareciera ser que no, pues el empleador no habría tenido el debido control sobre las instalaciones. Es decir, no ha sido él quien ha diseñado, construido o revisado esa instalación, y tal instalación no correspondería, en estricto rigor, al lugar de trabajo. No obstante, si el trabajador se cae de la silla en que trabaja, a lo mejor habrá que distinguir si la silla es propiedad del trabajador o del empleador.

A partir de ello, y en relación con las principales consideraciones que ya se

---

[30] Selma, Alejandra, "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", en *Temas Laborales*, núm. 134, 2016, p. 141.

han mencionado, se pueden desprender algunos casos que orienten de manera efectiva sobre cómo determinar los requisitos de concurrencia de un accidente laboral en modalidad de teletrabajo.

De este modo, si la persona se ducha antes o después de trabajar y se cae, no es con ocasión del trabajo, pero si se para para ir al baño desde el lugar donde está y el baño queda a diez metros y se tropieza en el camino y se pega, sí lo es, porque es una actividad natural relacionada con el trabajo que se realiza.

Si el trabajador o trabajadora, durante su periodo destinado al teletrabajo, realiza acciones propias de su quehacer doméstico, como hacer aseo, cocinar o ducharse, los posibles accidentes derivados de la acción de libre disposición de éste no podrían subsumirse bajo la figura del accidente laboral, toda vez que dichas acciones no se desprenden de lo que resultaría ser el lugar de trabajo y las labores propias de dicho empleo. El problema de la calificación de un origen laboral o común se torna aún más complejo con las enfermedades profesionales, pues es aún más difícil determinar si tiene un origen laboral o no, considerando que hay mucha enfermedades con diversos orígenes.

Una enfermedad profesional sólo corresponderá a aquella causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que realiza una persona, causándole incapacidad o muerte. Cualquier patología, enfermedad o padecimiento adquirido por motivos distintos al ejercicio de la profesión o labor desarrollada por el trabajador no podrá ser considerada como enfermedad profesional.

Sin embargo, la dificultad de calificar una enfermedad como profesional o común ha propiciado que muchas legislaciones hayan aplicado presunciones, lo mismo para enfermedades que para determinados accidentes. Así tenemos el artículo 115.3 de la ley general de Seguridad Social en España, el cual señala que se presumirá, salvo prueba contraria, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

En el caso concreto del teletrabajo a domicilio la extensión de la presunción se complica por la ausencia de control empresarial, salvo del tiempo de trabajo

si hay conexión interactiva obligatoria, pero no cabe duda acerca de su posible consideración como lugar de trabajo a efectos de la presunción.[31]

Para calificar un accidente o enfermedad como profesional o común, cobra mucha importancia el periodo de desconexión, ya que será una de las maneras de poder circunscribir cuándo la actividad se desarrolla bajo la modalidad de teletrabajo y, por ende y en principio, cualquier accidente debería estar cubierto como accidente de trabajo. Se trata del control del tiempo de conexión del trabajador. Este derecho pasa a ser ahora un elemento relevante para poder establecer las medidas oportunas de salvaguarda de la seguridad en el trabajo, evitando aquellos riesgos para la salud que estén directamente vinculados al teletrabajo y relacionados con prolongaciones excesivas de la jornada laboral.

Entonces, si queremos construir una presunción o elemento relevante, será a partir de determinar si el accidente ha tenido lugar en el tiempo y lugar de trabajo, es decir, si acaece dentro del periodo que para ese concreto día aparece registrado como tiempo de conexión del trabajador. En cambio, se negaría el carácter profesional de las lesiones sufridas dentro del domicilio del trabajador si tienen lugar fuera de ese periodo de desconexión.[32] Sin embargo, no podemos obviar que existen muchos teletrabajadores a quienes se les ha concedido un amplio margen de flexibilidad, en la que no tienen un horario determinado de conexión o desconexión, sino que se ofrece libertad al trabajador para desarrollarlo en cualquier momento del día o de la noche, incluyendo los fines de semana, según sean sus preferencias personales,[33] por lo que el horario en que ocurrió el accidente por sí solo no puede ser determinante para la calificación de accidente o enfermedad común o laboral.

Consideramos que la presunción es una buena herramienta para poder sortear la dificultad de la calificación de un accidente de trabajo bajo modalidad de

---

[31] Cervilla, Ma. José & Carmen Jover, *op. cit.*

[32] Selma, Alejandra, *op. cit.*

[33] *Ibid.*, p. 145.

teletrabajo, aunque la mayor dificultad seguirá siendo distinguir y calificar una enfermedad profesional.

En Chile, la presunción, como herramienta que facilita la calificación de una enfermedad profesional, se implementó desde 1968, cuando se publicó el Decreto 109, donde se aprueba el reglamento para la calificación y evaluación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y donde además se establece un listado de enfermedades y el tipo de actividades que se presume las provocan.

La presunción tiene la ventaja de que excluye al trabajador del peso de probar si el accidente o enfermedad es laboral o común, ya que, concurriendo los requisitos de la presunción, será el organismo pagador quien deberá demostrar lo contrario.

Ahora bien, ¿qué elementos debería tener esta presunción?: que el accidente se produzca en el lugar designado por el trabajador para cumplir sus labores de teletrabajo; que ocurra por una situación directamente relacionada con sus funciones laborales y, por último, pero no siendo necesario, que se produzca dentro del horario de conexión. Estos elementos también se pueden aplicar para la enfermedad, pero con la salvedad que deberá demostrarse que ésta tuvo una relación directa con la actividad laboral.

Nos queda por resolver qué ocurre con los "accidentes *in itínere*".[34] En un principio, podría pensarse que este tipo de accidentes desaparecen con la modalidad de teletrabajo, lo cual puede ser cierto, pero desde el punto de vista de la frecuencia en que ocurren, que por supuesto bajará en esta modalidad, el accidente *in itínere* se encuentra dentro del contexto del teletrabajo, ya que puede darse en dos circunstancias: primero, que las funciones del trabajador se desarrollen en un espacio elegido por él, pero que no corresponda a su domicilio y, por otro lado, cuando tenga que salir del lugar en que desempeña su actividad por acto mandado por el empleador. En ambos casos, implicará un traslado de este trabajador hacia su domicilio, pudiendo generarse en este traslado un accidente.

[34] *Ibid.*, p. 147.

También hay que preguntarse por lo que ocurriría en aquellos casos en que el trabajador no permite el ingreso del empleador o un tercero al lugar que desarrolla el teletrabajo. No cabe duda de que tal negativa provocaría una problemática al momento de calificar el accidente o la enfermedad como laboral, ya que el empleador argumentará que no pudo ejercer sus obligaciones de prevención. Debemos recodar que, en un trabajo presencial-clásico, el empleador tiene todas las potestades para ejercer las acciones preventivas, pero claramente esta potestad está disminuida en un modelo de teletrabajo, donde debe contar con la voluntad del trabajador para poder ingresar al lugar que desempeña sus funciones.

Referencias

Álvarez, Paola (2018). *Teletrabajo en la experiencia extranjera*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Cervilla, Ma. José & Carmen Jover (2015). "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015.

Darville Álvarez, Paula *et al.*, (2018). *Evaluación Sistema de Teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial. Informe de resultados*. Chile: Publicación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, Gobierno de Chile.

Garriguez Giménez, Amparo (2007). *La Organización del trabajo en la empresa (II). El deber de protección del empresario, Derecho del Trabajo*, 3ª edición. España: Editorial Thomson Aranzadi.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, "de prevención de Riesgos Laborales", *BOE,* 10 de noviembre de 1995, núm. 269, España.

Martínez Sánchez, Rebeca (2012). *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*. Quito: Editorial Abya-Yala / UPS.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Decreto 18. "Aprueba reglamento del artículo 152 quáter m del código del trabajo, que establece condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo a que deberán sujetarse los tra-

bajadores que prestan servicios en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, de acuerdo con los principios y condiciones de la ley nº 16.744", Chile, Subsecretaría del Trabajo, 23 de abril de 2020.

Muy Pérez, Efraín (2021). "Los vacíos jurídicos de los riesgos laborales del teletrabajo en Ecuador". *Foro: Revista de Derecho*, núm. 35.

Organización Mundial del Trabajo (oit) (1996). Convenio 177 sobre el trabajo a domicilio.

----------, Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales núm. 121, Ginebra, Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 17 de junio de 1964.

Pumarino Mendoza, Andrés (2020). "Conceptos relevantes de teletrabajo". *Artículos de Derecho, Empresa y Tecnología*, núm. 6.

Ruiz Godoy, Rodrigo (2019). "El teletrabajo: hacia una nueva forma de trabajo en Chile". *Revista de Derecho Universidad San Sebastián, Ciencias Sociales y Jurídicas,* núm. 25, p. 7.

San Juan, Claudio (2020). "Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe". En *Seguridad e higiene en el trabajo en Latinoamérica en tiempos de covid-19*. Argentina: IAS-Asociación Latinoamericana de Seguridad e Higiene en el Trabajo (alaseht).

Selma Penalva, Alejandra (2016). "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas". *Temas Laborales*, núm. 134.

Sentencia Social núm. 42/2004, Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Ponente: Daniel Basterra Montserrat, Sección 1, Rec 207/2003, 31 de mayo de 2004.

Superintendencia de Seguridad Social (suseso), Circular 3370, *suseso* (portal web), Gobierno de Chile, 10 de agosto de 2019.

suseso, Circular 3532, *suseso* (portal web), Gobierno de Chile, 4 de septiembre de 2020.

suseso, Dictamen 125759-2020, *SUSESO* (portal web), Gobierno de Chile, 3 de diciembre de 2020.

Thayer, William & Patricio Novoa (1980). *Manual de derecho del trabajo*, t. II. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

¡Todos a jugar! Erradiquemos el trabajo infantil

Luz Adriana Rico Páez [1]

A Christian Fonseca Legorreta

Caminito de la escuela,
apurándose a llegar,
con sus libros bajo el brazo,
va todo el reino animal.
Francisco Gabilondo Soler

Introducción

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (onu) declaró a 2021 el "Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil", lo cual nos permite hacer una retrospectiva crítica sobre cuánto se ha avanzado en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes de conformidad con los principios

[1] Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Generación 2002-2007. Amante empedernida del Derecho.

de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los rigen. Realizamos un recorrido desde la "Declaración de Ginebra de 1924" hasta los últimos instrumentos internacionales que han regulado los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como son la "Convención sobre los Derechos del Niño", el "Convenio núm. 138 sobre la edad mínima" y el "Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil", instrumentos que se describen puntualmente en el capítulo respectivo a los antecedentes históricos de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, en cuanto a la regulación nacional, el desempeño del Estado mexicano, para cumplir con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, su objetivo se ve materializado en la "Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014. Dicha ley, en su artículo 47, regula lo relativo a la violencia laboral de este grupo vulnerable, obligando a las autoridades de los tres niveles de gobierno a implementar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar las acciones que se traduzcan en violencia laboral y, por ende, en violación a los derechos humanos.

En el ámbito federal mexicano, derivado de dicha ley, existe el Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA), cuya competencia material está establecida en el numeral 125 de la citada ley, y su atribución primordial es la de generar políticas públicas a través de las cuales este sector de la población pueda exigir y ejercer sus derechos humanos, ya no como objetos de protección, sino como responsables de decidir y opinar lo que consideren mejor para ellas y ellos.[2]

Con dicha ley se pretende impulsar un desarrollo holístico del potencial de las niñas, niños y adolescentes, con la finalidad de que logren superar los retos inéditos que, producto de la crisis mundial y en todos los aspectos sociales, se están

[2] Cfr. "Política nacional de atención a la primera infancia", Secretaría de Educación Pública, "Acuerdo número 04/01/18 por el que se establece el Programa de Educación Inicial: Un Buen Comienzo", *Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 2018, México.

presentando, teniéndose como prioridad los temas económicos, ambientales y de seguridad, agudizados por la pandemia motivada por el COVID-19.

El Estado y los adultos debemos implementar herramientas que permitan comprender, acompañar, contener y orientar los procesos de desarrollo en cada una de sus etapas y cubrir sus necesidades, con especial énfasis en las afectivas, privilegiando el juego, el contacto con la naturaleza y el arte, y haciéndoles saber y sentir que son valiosos, cada uno tal cual es, y que todos los ámbitos de su desarrollo forman parte de un todo complejo en donde ninguno está por encima de otro.

En dicho sentido, es evidente que el trabajo infantil trasgrede el desarrollo holístico que deben tener las niñas, niños y adolescentes. Para lograrlo, debe asegurarse el efectivo respeto de los derechos de los cuales son titulares, previstos en el artículo 13 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, norma de la que también se desprende la prohibición a la violencia laboral.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define el *trabajo infantil* como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.[3]

Los datos estadísticos del trabajo infantil son alarmantes. En todo el mundo, 152 millones son víctimas del trabajo infantil.[4] Ante tal situación, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se urge a los Estados miembros de la ONU a adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y trata de personas, y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento para la guerra.[5]

---

[3] Cfr. Organización de las Naciones Unidas (ONU), "Día Mundial contra el Trabajo Infantil, 12 de junio 2018", *Naciones Unidad Colombia* (portal web), 12 de junio de 2018. .

[4] *Idem*.

[5] *Idem*.

Marco jurídico internacional y nacional

a) Internacional

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se contemplan, en el artículo 19,[6] los derechos del niño, y se establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Un derecho humano que es replicado y reconocido en el artículo 24, número 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 32,[7] establece la obligación para los Estados miembros de fijar la edad mínima para trabajar y regular los horarios; también reconoce el derecho a la protección del niño contra cualquier explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo peligroso o que entorpezca su educación o sea nocivo para su salud o para su desarrollo holístico —el cual comprende el aspecto físico, mental, espiritual, moral o social.

b) Nacional

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce, en el artículo 1º, los derechos humanos y sus garantías. Bajo un principio de convencionalidad, en el artículo 3º, al contemplarse el derecho a la educación en el párrafo 5,[8] se establece para el Estado mexicano la obligación de priorizar el

---

[6] H. Cámara de Diputados LX Legislatura, "Compendio del marco jurídico nacional e internacional que tutela los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes", México, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género-Cámara de Diputados LX Legislatura, p. 92. .

[7] *Ibidem*, p. 35.

[8] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 3, texto vigente 2019, México.

interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos.

En el párrafo 9 del artículo 4º de la Carta Magna se reconoce el derecho de las niñas y niños a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.[9]

El artículo 5º reconoce el derecho al trabajo, pues estipula que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria o comercio o trabajo que se le acomode. Siendo lícitos, el párrafo 5 establece la obligación para el Estado de no permitir la celebración con contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por ninguna causa.[10]

El artículo 123 de la Ley Suprema establece, en su párrafo 1,[11] que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; numeral que se encuentra dividido en el apartado A y B. El primero (A) regula las relaciones laborales entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo; mientras que el segundo (B) regula las relaciones entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores. En la fracción III del apartado A del citado artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece la prohibición del empleo en el trabajo de menores de 15 años; y los mayores de 15 y menores de 16 tendrán una jornada máxima de 6 horas.[12]

La ley reglamentaria del apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 22, establece que los mayores de 15 años pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones de la propia ley; los mayores de 15 años y menores de 16 años necesitan autorización de sus padres o tutores, y a falta de ellos del sindicato al cual pertenezcan, del tribu-

---

[9] H. Cámara de Diputados LX Legislatura, "Compendio…", *op. cit.*, p. 18.

[10] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 5, texto vigente, 2019.

[11] Cfr. CPEUM, art. 123, 2019, México.

[12] *Idem*.

nal, del inspector del trabajo o de la autoridad política, debiendo como derecho percibir el pago de salarios.

En el artículo 22 bis del mismo ordenamiento jurídico se establece la prohibición del trabajo a menores de 15 años; los mayores de esa edad, pero menores de 18 años, que no hayan terminado la educación básica tampoco podrán ser contratados, salvo los casos que apruebe la autoridad laboral correspondiente en que se pueda dar compatibilidad entre los estudios y el trabajo.

El numeral 23 de la misma ley establece la obligación de la autoridad del trabajo para, en caso de detectar que un menor de 15 años esté trabajando fuera del círculo familiar, se cesen de inmediato sus labores, sancionándose al patrón con la pena establecida en el artículo 995 bis de la misma ley, es decir, con prisión de 1 a 4 años y multa de 250 a 5,000 veces la Unidad de Medida y Actualización. En la hipótesis que el menor no estuviere devengando el salario que perciba un trabajador que preste los mismos servicios, el patrón está obligado a resarcirle las diferencias. Se establece la prohibición a los menores de 18 años que desempeñen actividades dentro del círculo familiar que les resulte peligrosa para su salud, su seguridad o su moralidad, o que afecte el ejercicio de sus derechos y, con ello, su desarrollo integral, entendiéndose por círculo familiar a los parientes del menor, por consanguinidad, ascendientes o colaterales, hasta el segundo grado. Cuando los menores de 18 años realicen alguna actividad productiva de autoconsumo bajo la dirección de integrantes de su círculo familiar o tutores, éstos tendrán la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de los menores y brindar el apoyo y las facilidades necesarias para que ellos concluyan, por lo menos, su educación básica obligatoria.[13]

La Ley Federal del Trabajo establece, en el artículo 132 relativo a las obligaciones del patrón, en la fracción XXXI, la compromiso de implementar, en acuerdo con sus trabajadores, un protocolo para erradicar el trabajo forzoso e infantil. Asimismo, en

[13] Cfr. Iud, Alan, *La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina. Avances y deudas con la niñez,* República de Panamá, unicef Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2019, p. 272.

el título 5° bis, denominado Trabajo de los Menores de la Ley Federal del Trabajo, que comprende del artículo 173 al 180 la regulación del trabajo de los menores.[14]

El 4 de diciembre de 2014 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la que se adopta un sistema de protección integral o garantista, plasmando en el artículo 6 los principios rectores, dentro de los que se destaca "*el interés superior de la niñez; la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes,* conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales"; "la igualdad sustantiva; la no discriminación; la inclusión; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; a la participación; la interculturalidad; a corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades; la transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales; a autonomía progresiva; el principio pro persona; el acceso a una vida libre de violencia; la accesibilidad, y el derecho al adecuado desarrollo evolutivo de la personalidad".[15]

Dicha ley, en el artículo 13 , precisa de manera enunciativa mas no limitativa los derechos de niñas, niños y adolescentes, los cuales son: "Derecho a la vida, a la paz, a la supervivencia y al desarrollo; Derecho de prioridad; Derecho a la identidad; Derecho a vivir en familia; Derecho a la igualdad sustantiva; Derecho a no ser discriminado; Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; Derecho a la educación; Derecho al descanso y al esparcimiento; Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; Derecho de participación; Derecho de asociación y

---

[14] Alcalde, Arturo*, et al.*, *Ley Federal del Trabajo, Reforma 2019 Comentada,* México, Porrúa, 2019.

[15] Cfr. Ruiz Carbonell, Ricardo, *Análisis jurídico de la nueva Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, s/f, pp. 37-38.

reunión; Derecho a la intimidad; Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y Derecho de acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación".[16] Todos estos derechos regulados desde el artículo 14 al 101 bis 1 de la misma ley.

Antecedentes históricos de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

El primer antecedente a nivel internacional encaminado a lograr el reconocimiento de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes y lograr su protección jurídica se dio en la Declaración de Ginebra de 1924. A través de este documento, elaborado por la Asociación Internacional de Protección a la Infancia y, en específico, por la pedagoga Engantine Jebb, y aprobado por la Sociedad de las Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924, se integraron cinco principios consistentes en "recibir protección sin atender a consideraciones de raza, nacionalidad o creencia; recibir ayuda, respetando la integración de la familia; ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual;[17] el niño hambriento debe ser alimentado, el enfermo debe ser asistido, el desadaptado debe ser educado, el huérfano y abandonado deben ser recogidos; preminencia a recibir socorro en caso de calamidad; el niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales y llegado el momento a ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndolo de cualquier explotación, y el relativo al que el niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo".[18]

---

[16] *Ibidem*, pp. 40-41.

[17] H. Cámara de Diputados LX Legislatura, "Compendio...", *op. cit.*, pp. 10-11.

[18] Cfr. Zapata Lucero, Ana Georgina, *Protección y asistencia para el menor: Propuesta de Ley como consecuencia de la violencia intrafamiliar aplicable para el Estado de Puebla* (tesis profesional), Puebla, udlap, 2004, p. 3.

En 1959 se presentó ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y ante el Consejo Económico y Social un instrumento denominado *Decálogo de los derechos del niño,* el cual es considerado como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959,[19] misma que es comprendida por los principios siguientes:

- *Principio I.* El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos en todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.
- *Principio II.* El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atendrá será el interés superior del niño.
- *Principio III.* El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
- *Principio IV.* El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. *Principio V.* El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

[19] ONU, *Declaración de los Derechos del Niño,* España, *Humanium Org.*

- *Principio VI.* El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.
- *Principio VII.* El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.
- El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.
- El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.
- *Principio VIII.* El niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.
- *Principio IX.* El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.
- No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

- *Principio X.* El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.[20]

El 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento internacional donde se confirmó el derecho a recibir protección familiar, social y estatal, creando con ello el Comité de Derechos Humanos. En la misma fecha se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableciéndose dentro de él la obligación para los Estados Parte de dar protección a los niños y a los adolescentes, sin discriminación y evitando que sean víctimas de la explotación económica y social.[21] Además, incluida la obligación de regular la edad mínima por debajo de la cual estaba prohibida la contratación de niños de manera remunerada o no remunerada.

En la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 16 de junio de 1973, fue celebrado el Convenio número 138, Convenio sobre la Edad Mínima, vinculando a los Estados Parte a la abolición del trabajo infantil y se elevó la edad mínima para acceder a un empleo.

En 1985 se aprobaron y proclamaron las Reglas de Beijing,[22] en las que se incluye la participación estatal y social para la prevención comportamientos desviados o que puedan llevar a un infante o adolescente a infringir la ley; regulación en materia penal con respecto a los niños, niñas y adolescentes que contiene aspectos

---

[20] H. Cámara de Diputados LX Legislatura, "Compendio...", *op. cit.*, pp. 23-25. .

[21] Cfr. Ortega Soriano, Ricardo A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2016, p. 31.

[22] ONU, "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ('Reglas de Beijing')", Comisión Internacional de Derechos Humanos.

como establecimiento de la mayoría de edad penal, objetivos de justicia de menores, derechos de los menores, protección a la intimidad, cláusulas de salvedad, investigación y procesamiento, especialización policial y presión preventiva, por señalar la regulación más importante en materia de administración de justicia para menores.

El 3 de diciembre de 1986, la Asamblea General de la ONU adoptó y proclamó la "Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección, el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda",[23] en los Planos Nacional e Internacional.

El 20 de noviembre de 1989 se elaboró y aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo documento destaca la regulación en materia del trabajo infantil, en el artículo 32, tomando relevancia el *interés superior del niño* como principio rector en la aplicación de dicho instrumento internacional.

El 20 de diciembre de 1993 se aprobaron las "Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad", las cuales tienen por objeto garantizar la igualdad de oportunidades de atención médica, rehabilitación, servicios de apoyo, posibilidades de acceso físico a los lugares, educación, empleo, ingresos, vida en familia y cultura, precisándose en cada una de ellas las medidas que deben adoptarse cuando una niña o niño posea alguna discapacidad, para garantizar una vida en igualdad de oportunidades.[24]

El 17 de junio de 1999 se aprobó y adoptó el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, donde se señala que la pobreza es la causa.[25] Dicho instrumento está compuesto por 16 artículos, donde se enlistan las peores formas de trabajo, como la prostitución, la esclavitud, la venta y tráfico de niñas y niños, su reclutamiento para la realización de actividades ilícitas, o aquellos

---

[23] Cfr. Ruiz Carbonell, Ricardo, *op. cit.*, p. 8.

[24] Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.*, p. 34.

[25] Cfr. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *et al.* (coord.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional a interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 283.

que ponen en riesgo su salud y su integridad, obligando a los Estados Parte a preverlas y prohibirlas.

El 18 de enero de 2002 entró en vigor el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.[26]

El 12 de febrero de 2002 entró en vigor el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados.[27]

En resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de julio de 2019, se declaró el 2021 Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil, donde se estipula que, a más tardar el 2025, se ponga fin al trabajo infantil en todas sus formas. También fue aprobada la Declaración de Buenos Aires sobre el Trabajo Infantil, el Trabajo Forzoso y el Empleo Joven, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Erradicación Sostenida del Trabajo Infantil, que se celebró en Buenos Aires del 14 al 16 de noviembre de 2017, estableciéndose así los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030.[28]

Principio de igualdad

Para Ricardo A. Ortega Soriano,[29] el principio de igualdad constituye el fundamento teórico para el establecimiento de un marco jurídico diferenciado de protección a favor de las niñas y los niños, haciendo referencia a la Opinión Jurídica Número 17: Condición jurídica y derechos humanos del niño, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de la cual se extrae que los

---

[26] Cfr. H. Cámara de Diputados LX Legislatura, "Compendio...", p. 36.

[27] *Ibidem*, p. 37.

[28] Cfr. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de julio de 2019 de las Naciones Unidas en la 101º sesión plenaria.

[29] Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.*, p. 21.

niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.[30]

Principio del interés superior de la niña y del niño

Ricardo A. Ortega Soriano, en la obra, lo define como una herramienta interpretativa fundamental para ampliar la esfera de protección de los derechos de las niñas y los niños, lo cual permitirá el desarrollo progresivo de sus propios derechos.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal principio debe ser considerado como un punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, observancia que permitirá el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.

De igual manera, la Corte Interamericana establece que el principio en estudio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potenciales.

> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.[31]

---

[30] Corte idh, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002; "Declaración de Buenos Aires sobre el trabajo infantil, el trabajo forzoso y el empleo joven", Argentina, 2017, p. 52.

[31] cpem, artículo 4, 2019, México.

Encontrándose previsto de manera textual dicho principio en el artículo 3º, párrafo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo al derecho a la educación, en el párrafo 5; y en el artículo 4º, párrafo 9, de la misma Ley Suprema.[32]

Niñas, niños y adolescentes

Para efectos de precisar los conceptos de *niñas*, *niños* y *adolescentes*, la ciencia jurídica toma en consideración aspectos psicológicos y biológicos. En nuestro país, la definición legal está contenida en el artículo 5 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, donde se designa a los primeros como los menores de 12 años y a los adolescentes como las personas de entre 12 y menos de 18 años de edad, haciendo la acotación de que, para efectos de la mayoría de edad y del derecho internacional, son niños los menores de 18 años de edad, plasmándose en el párrafo 2 del mismo artículo que, en caso de duda entre si es adulto mayor o adolescente, se presumirá adolescente; y en caso de duda entre si es una persona mayor o menor de 12 años, se presumirá que es niña o niño. Para el doctor Sergio García Ramírez, la palabra *niño* posee un sentido más biológico, o biopsíquico, que jurídico.[33]

El artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas, precisa la siguiente definición: "[...] se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".[34]

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la mayoría de edad contempla la capacidad de goce y de ejercicio, por lo cual tales personas pueden ejercer de forma personal y directa sus derechos subjetivos, careciendo de dicha

---

[32] Cfr. González Contró, Mónica, "Derechos de niñas, niños y adolescentes", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot *et al.*, *op. cit.,* pp. 641-662.

[33] *Ibidem*, p. 23.

[34] onu, *Declaración de los derechos...*, *op. cit.*

capacidad de ejercicio los niños. De conformidad a lo expuesto, se define como *niño* a la persona menor de 18 años, quienes, como se ha precisado, son sujetos con capacidad de goce, pero no de ejercicio.

Concepción de los derechos de las niñas y los niños

Los derechos de los niñas y niños han sido abordados desde la perspectiva *tutelar, proteccionista o de la situación irregular,* caracterizándose por la incapacidad de niñas y niños para ejercer sus derechos. Los mayores de edad toman las decisiones respecto de los infantes, incluso si se violentan sus derechos. También existen facultades amplias de las autoridades para resolver sobre los temas que vinculan a las niñas, niños y adolescentes, y no existe una participación de ellos en los procesos jurídicos que los involucran; son los tutores o curadores, o bien, las autoridades que los representan, quienes los sustituyen en el ejercicio de sus derechos. Sobre esta perspectiva, Ortega Soriano señala que son comprendidos como objetos que deben ser tutelados y no como sujetos de derechos.[35]

Derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, surge la perspectiva *integral o garantista*, en la cual las niñas, los niños y adolescentes son sujetos titulares de derechos, estableciéndose la obligación para el Estado de que éstos puedan ejercer, plena y efectivamente, esos derechos, así como delinear los límites de la autoridad respecto de las facultades para ejercer tutela en niñas, niños y adolescentes. Ortega Soriano también reseña que, de acuerdo con Daniel O'Donell, la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia tiene tres bases: "a) el niño y la niña son sujetos de derechos; b) el derecho a la protección especial y c) el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral".[36]

---

[35] Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.*, p. 24.

[36] *Ibidem*, p. 26.

¿Qué es el trabajo infantil?

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define el *trabajo infantil* como toda labor que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad,[37] y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.[38]

Desde tal perspectiva, el trabajo resulta nocivo para los infantes si:

> [...] es peligroso y prejudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; interfiere con su escolarización puesto que: les priva de la posibilidad de asistir a clases; les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo.[39]

El trabajo infantil puede darse en la agricultura, en la industria y en el sector de los servicios que comprende el comercio al por mayor y al por menor; los restaurantes y hoteles; el transporte, almacenamiento y comunicaciones; sectores de la finanza y los seguros; los servicios inmobiliarios, a empresas y comunidades; así como los servicios sociales a las personas.[40]

---

[37] Cfr. Oficina Internacional del Trabajo-Unión Interparlamentaria, *Erradicar las peores formas de trabajo infantil. Guía para implementar el convenio núm. 182 de la* OIT, Organización Internacional del Trabajo y Unión Interparlamentaria, 2002, p. 16.

[38] OIT, "Qué se entiende por trabajo infantil", ILO.

[39] ONU, "Día Mundial contra el Trabajo...", *op. cit.*

[40] OIT, "Qué se entiende...", *op. cit*.

Trabajo de los menores

En el título quinto bis, denominado Trabajo de los Menores de la Ley Federal del Trabajo, que comprende del artículo 173 al 180,[41] se establece la regulación del trabajo de los menores, numerales que pretenden facilitar la educación, el desarrollo físico, la salud y preservar la moralidad de las personas sujetas a una relación laboral de dicha naturaleza.[42] La regulación de dicho trabajo queda sujeta a la vigilancia y protección especial de las autoridades del trabajo, ya sean federales o locales. Consecuentemente, se especifica, en el párrafo 2 del artículo 173, que corresponde a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en coordinación con las entidades federativas, desarrollar programas que permitan identificar y erradicar el trabajo infantil.[43]

Para que se pueda establecer una relación laboral entre un patrón y los mayores de 15 años y menores de 18 años, se exige un certificado médico que acredite la aptitud para el trabajo, así como someterse a exámenes médicos que periódicamente ordenen las autoridades laborales.

El artículo 175 de la Ley Federal del Trabajo establece la prohibición de utilización del trabajo de los menores de 18 años en establecimientos no industriales después de las 10:00 p.m., en expendio de bebidas embriagantes de consumo inmediato, cantinas o tabernas y centros de vicio; en aquello que puedan afectar su moralidad o buenas costumbres y en labores peligrosas o insalubres que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio donde se presta, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores, en términos de lo previsto en el artículo 176 de la misma ley.[44] Así como

---

[41] Ley Federal de Trabajo (LFT), título quinto bis, texto vigente, última reforma 24 de abril de 2021, México.

[42] De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo,* 19 ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 449-452.

[43] LFT, artículo 173, 2021, México.

[44] LFT, artículo 176, 2021, México.

también se establece que, en caso de declaratoria de contingencia sanitaria y siempre que así lo determine la autoridad competente, no podrá utilizarse el trabajo de menores de 18 años. Los trabajadores, en tal supuesto, no sufrirán perjuicio en su salario, prestaciones y derechos y cuando, con motivo de la declaratoria de contingencia sanitaria, se ordene la suspensión general de labores, a los menores de 18 años les será aplicable lo dispuesto por el artículo 429, fracción IV de esta ley. Hipótesis normativa que se actualizó con la contingencia sanitaria declarada con motivo de la pandemia derivada del COVID-19 en 2020.

En el artículo 175 bis de la Ley Federal del Trabajo se regulan las actividades que realizan los menores de 15 años relacionadas con la creación artística, el desarrollo científico, deportivo o de talento, la ejecución musical o al interpretación artística, mismas que no se consideran trabajo y que se llevan a cabo bajo la supervisión, el cuidado y la responsabilidad de los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, debiendo sujetarse a determinadas reglas:

a) La relación establecida con el solicitante deberá constar por escrito y contendrá el consentimiento expreso que en nombre del menor manifiesten los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, así como la incorporación del compromiso que asuma el solicitante de respetar a favor de este menor los derechos que la Constitución, los convenios internacionales y las leyes federales y locales reconozcan a favor de la niñez.

b) Las actividades que realice el menor no podrán interferir con su educación, esparcimiento y recreación en los términos que establezca el derecho aplicable, tampoco implicarán riesgo para su integridad o salud y, en todo caso, incentivarán el desarrollo de sus habilidades y talentos.

c) Las contraprestaciones que reciba el menor por las actividades que realice nunca serán menores a las que por concepto de salario recibiría un mayor de 15 y menor de 18 años.[45]

[45] *Idem.*

En el numeral 177 de la citada ley laboral, la jornada de trabajo de los menores de 16 años no podrá exceder de 6 horas diarias, dividiéndose en periodos máximos de tres horas.

El artículo 178 de la ley en cita establece que queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de 18 años, en horas extraordinarias y en los domingos y de descanso obligatorio. En caso de violación de esta prohibición, las horas extraordinarias se pagarán con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada, y el salario de los domingos y de descanso obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 75 de la misma ley.

En el artículo 179 de la Ley Federal del Trabajo, los menores de 18 años disfrutarán de un periodo anual de vacaciones pagadas de dieciocho días laborales, como límite mínimo.

Las obligaciones de los patrones que tienen a su servicio menores de 18 años, de conformidad con el artículo 180 de la Ley Federal del Trabajo, son exigir que los menores les exhiban los certificados médicos que acrediten estar aptos para el trabajo; llevar y tener a disposición de la autoridad competente, registros y documentación comprobatoria, en donde se indique el nombre y apellidos, la fecha de nacimiento o la edad de los menores de 18 años empleados por ellos, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo; así mismo, dichos registros deberán incluir la información correspondiente de aquéllos que reciban orientación, capacitación o formación profesional en sus empresas; distribuir el trabajo a fin de que dispongan del tiempo necesario para cumplir sus programas escolares; proporcionarles capacitación y adiestramiento en los términos de esta Ley; y proporcionar a las autoridades del trabajo los informes que soliciten.[46]

---

[46] De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo,* 17a. ed., México, Porrúa, 2003, t. II, pp. 405-410.

Estadística relativa al trabajo infantil

La OIT, en la "Estimación mundial sobre el trabajo infantil: Resultados y tendencias, 2012-2016", Ginebra, septiembre de 2017, señala que en todo el mundo 218 millones de niños de entre 5 y 17 años están ocupados en la producción económica. Entre ellos, 152 millones son víctimas del trabajo infantil —casi la mitad— y 73 millones están en situación de trabajo infantil peligroso.[47]

En términos absolutos, casi la mitad del trabajo infantil (72 millones) se concentra en África; 62 millones en Asia y el Pacífico; 10.7 millones en las Américas; 1.1 millones en los Estados Árabes; y 5.5 millones en Europa y Asia Central.

En términos de prevalencia, 1 de cada 5 niños de África (19, 6%) está en situación de trabajo infantil, mientras que en otras regiones la prevalencia oscila entre el 3% y 7%: 2.9%; en los Estados Árabes, 1 de cada 35 niños; 4.1% en Europa y Asia Central (1 de cada 25); 5, 3% en las Américas (1 de cada 19); y 7.4% en la región de Asia y el Pacífico (1 de cada 14).

Casi la mitad de los 152 millones de niños víctimas del trabajo infantil tienen entre 5 y 11 años; 42 millones (28%) tienen entre 12 y 14 años; y 37 millones (24%), entre 15 y 17 años.

La prevalencia del trabajo infantil peligroso es mayor en los niños de entre 15 y 17 años. Con todo, una cuarta parte de los niños ocupados en el trabajo infantil peligroso (19 millones) son menores de 12 años.

De los 152 millones de niños en situación de trabajo infantil, 88 millones son varones y 64 millones son niñas.

Los niños varones representan el 58% del total de ambos sexos en situación de trabajo infantil, y el 62% del total de ambos sexos que realizan trabajo peligroso. Se observa que los niños corren más riesgos que las niñas de verse involucrados en el trabajo infantil, pero esta apreciación puede deberse a que el trabajo de las niñas no siempre se declara, especialmente en el caso del trabajo infantil doméstico.

---

[47] ONU, "Día Mundial contra el Trabajo...", *op. cit.*

El trabajo infantil se concentra, en primer lugar, en la agricultura (71%), que incluye la pesca, la silvicultura, la ganadería y la acuicultura, y comprende tanto la agricultura de subsistencia como la comercial; el 17% de los niños en situación de trabajo infantil trabaja en el sector de servicios; y el 12% en el sector industrial, en particular la minería.[48]

Acciones de la OIT para erradicar el trabajo infantil

La OIT ha implementado el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y del Trabajo Forzoso, el cual tiene como fin la lucha contra el trabajo infantil, el trabajo forzoso y la trata de personas, pues tales formas de trabajo nulifican los derechos humanos básicos de los trabajadores, lo cual afecta a 4.5 millones de niños, quienes se encuentran sujetos a la esclavitud moderna, motivada por una gobernanza deficiente, la discriminación, la exclusión social, la pobreza, la falta de acceso al trabajo decente, a los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva.

El objetivo del Programa es lograr la Meta 8.7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, lidereando la OIT los esfuerzos desplegados a escala mundial para erradicar todas las formas de trabajo infantil para 2025; las de esclavitud y de trata de personas para el 2030; pretendiendo con ello que se brinde la protección a todas las personas contra tales graves vulneraciones de los derechos humanos.

Dicho Programa colabora con los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, empresas, pequeños productores, con el objeto de erradicar el trabajo infantil y el forzoso, haciendo con ello realidad los derechos fundamentales y laborales, centrándose en las economías rurales e informales, las empresas y las cadenas mundiales de producción y los países en situaciones de crisis y de fragilidad.

---

[48] *Idem.*

Conclusiones

Los derechos humanos de las niñas, los niños y los adolescentes, positivizados en las normas internacionales y nacionales, pugnan por un desarrollo holístico de tal sector de la población, englobando los aspectos físico, mental, espiritual, moral o social,[49] y nos obliga a verlos como un todo, a fin de lograr su pleno desarrollo como personas capaces de hacer frente a los retos mundiales de naturaleza social, económica y política agudizados por la pandemia del covid-19

Por lo que, si niñas, niños y adolescentes se ven obligados, por cuestiones económicas, a emplearse, considerando las edades de permisividad laboral que la ley regula, entonces nos encontramos ante la presencia de trabajo infantil, pues al verse obligados a desarrollar una actividad para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia, o contribuir a la economía del hogar por circunstancias de pobreza, ello les priva de su niñez, de su potencia y de su dignidad humana, lo cual es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.[50]

Debido a estas razones, y ante la ambiciosa empresa de la onu de poner fin al trabajo infantil en todas sus formas, a más tardar en 2025, los Estados Miembros deben establecer políticas públicas que hagan efectivos los derechos de tal sector de la población.

En nuestro país, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es muy progresista, pues establece un Sistema Nacional de Protección Integral de los derechos de tal grupo vulnerable, el cual es la instancia encargada de establecer instrumentos, políticas, procedimientos, servicios y acciones de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.[51]

---

[49] Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (oacnudh), *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 111.

[50] Secretaría de Educación Pública, *op. cit.*

[51] Ruiz Carbonell, Ricardo, *op. cit.,* p. 115.

De entre los principios rectores contenidos en dicha ley, en el artículo 6º se destaca el relativo al interés superior del niño, que busca asegurar el pleno ejercicio de sus derechos humanos.

A fin de lograr la meta prevista por la ONU, las políticas públicas implementadas por México deben fortalecerse, empezando con una mayor capacitación en materia de los derechos de niñas, niños y adolescentes a todos los servidores públicos de los tres niveles de gobierno e impulsar empleos para generar riqueza, logrando que los padres o madres de familia puedan acceder a un trabajo que les permita cubrir los alimentos de sus hijos y éstos puedan disfrutar de su niñez y acudir a la escuela a estudiar para conseguir sus sueños.

Ningún niño debe trabajar, el único trabajo que debe realizar es la tarea de la escuela. Son los ciudadanos del futuro; si buscamos una mejor sociedad, entonces debemos procurarles una mejor realidad donde puedan lograr su desarrollo holístico, respetando y preservando la biología amorosa con la cual todos venimos al mundo.

Referencias

Alcalde, Arturo, *et al.* (2019). *Ley Federal del Trabajo, Reforma 2019 Comentada.* México: Porrúa.

De Buen Lozano, Néstor (2003). *Derecho del Trabajo,* t. II, 17a. ed. México: Porrúa

De La Cueva, Mario (2003). *El nuevo derecho mexicano del trabajo,* t. I, 19 ed. México: Porrúa.

Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *et al.* (coord.) (2013). *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional a interamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) / Universidad Nacional Autónoma de México / Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado el 14 de febrero de 2021, de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12463.

González Contró, Mónica (2013). "Derechos de niñas, niños y adolescentes". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa & Chris-

tian Steiner (coord.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / Universidad Nacional Autónoma de México / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

H. Cámara de Diputados LX Legislatura. *Compendio del marco jurídico nacional e internacional que tutela los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*. México: Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género-Cámara de Diputados LX Legislatura, p. 92. Recuperado el 17 de marzo de 2021, de http://www.diputados.gob.mx/documentos/CEAMEG/6.%20compendio.pdf.

Iud, Alan (2019). *La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina. Avances y deudas con la niñez.* República de Panamá: unicef Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Recuperado el 2 de abril de 2021, de https://www.unicef.org/lac/informes/la-adecuacion-normativa-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-en-america-latina.

Oficina Internacional del Trabajo (oit) / Unión Interparlamentaria (2002). *Erradicar las peores formas de trabajo infantil. Guía para implementar el convenio núm. 182 de la oit.* Organización Internacional del Trabajo y Unión Interparlamentaria.

Oficina Internacional del Trabajo (oit) (2020). "Qué se entiende por trabajo infantil". ILO. Recuperado el 12 de mayo de 2021, de https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (oacnudh) (2006). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. Nueva York y Ginebra: onu.

Organización de las Naciones Unidas (onu) (2018). "Día Mundial Contra el Trabajo Infantil, 12 de junio 2018", *Naciones Unidad Colombia*, 12 de junio de 2018. Recuperado el 13 de julio de 2021, de https://nacionesunidas.org.co/noticias/dia-mundial-contra-el-trabajo-infantil-12-de-junio-2018/.

Ortega Soriano, Ricardo A. (2015). *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección*

de los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

Ruiz Carbonell, Ricardo (s/a). *Análisis jurídico de la nueva Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes*. México: Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

Secretaría de Educación Pública (2018). "Acuerdo número 04/01/18 por el que se establece el Programa de Educación Inicial: Un Buen Comienzo", *Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 2018, México. Recuperado el 3 de agosto de 2021, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5511117&fecha=23/01/2018&print=true.

Zapata Lucero, Ana Georgina (2004). *Protección y Asistencia para el Menor: Propuesta de Ley como consecuencia de la violencia intrafamiliar aplicable para el Estado de Puebla* (tesis profesional). Puebla: udlap. Recuperado el 15 de marzo de 2021, de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/zapata_l_ag/portada.html.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2019, México.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1972, Costa Rica.

Convención sobre los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas, 2006, Madrid.

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, Ginebra.

Declaración de los Derechos del Niño, 1959. Ginebra.

Ley Federal del Trabajo, 2021, México.

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2018 (última reforma), México.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, Ginebra.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976, Ginebra.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la

venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2002, Ginebra.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, 2002, Ginebra.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, 1985, Ginebra.

La inconstitucionalidad de las pensiones en la rama de riesgos de trabajo del imss

Ángel Guillermo Ruiz Moreno [1]

El político piensa en la próxima elección;
el estadista en la próxima generación.
Otto Von Bismarck

Introducción

El seguro de riesgos de trabajo de régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social (imss) protege a millones de mexicanos que laboran en el sector formal de la economía. Por ministerio de ley, estos trabajadores cuentan con el complemento ideal del empleo, clasificado de manera global como *empleo decente*. Con su esfuerzo cotidiano, coadyuvan a engrandecer nuestra patria con su productividad. Cuentan, además, con la necesaria cobertura que brinda a todos ellos el servicio público especializado de la seguridad social.

---

[1] Maestro Emérito y Coordinador del Doctorado en Derecho en Investigación de la Benemérita Universidad de Guadalajara. Investigador Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Presidente Nacional de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social (amdtps).

No obstante, ante la actual pandemia que ha destruido millones de empleos formales, es preocupante sobremanera la compleja situación del *trabajador informal* no regulado, por dos razones concretas: la primera, porque detrás del comercio informal se suele esconder el crimen organizado, por lo que se trata de un tema no sólo de seguridad social, sino también de seguridad pública, y que incluso puede escalar hasta convertirse en un asunto de seguridad nacional, como el que ahora padece nuestro país;[2] la segunda razón obliga a reconocer que los trabajadores informales también son sujetos productivos, que laboran, la mayor de la veces, en trabajos indignos, contrariados por la imperiosa necesidad de subsistir, de elegir entre padecer hambre o contagiarse por la enfermedad del COVID-19, cuya letalidad es ya conocida y reconocida por la Organización Mundial de Salud (OMS).

No es un tema menor el sector informal en México, cuyo tamaño, para dimensionarlo de mejor manera, lo representan el 56.7% de los trabajadores en edad productiva de México, según datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).[3]

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera como *trabajadores* tanto a los formales cuanto a los informales; así también a los trabajadores autónomos o por cuenta propia, ubicándoles bajo el novedoso concepto de *trabajo total*. La gran diferencia, un factor decisivo de la calidad de vida, es que en el *trabajo informal* no se accede legalmente a la seguridad social. A pesar de ser un derecho humano y social de todos y para todos que, siendo un servicio público esencial, puede ser exigido al Estado mexicano por los trabajadores informales, éstos ignoran su derecho a acceder a este magnífico manto protector social. Y, como se dice entre los juristas, derecho que no se ejerce, se pierde.

---

[2] Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Seguridad social obligatoria para trabajadores migrantes e informales,* prólogo de Néstor de Buen Lozano, México, Universidad de Guadalajara / Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2011.

[3] Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), Comunicado de prensa Núm. 115/21, México, INEGI, 15 de febrero de 2021.

En gran medida —sin dejar de lado la omisión habitual de no registrar a los trabajadores o por la sub-declaración de ingresos que tradicionalmente se efectúa en el incomprendido tema de los seguros sociales—, esa ignorancia o sub-declaración de ingresos es la razón por lo cual no alcanza el dinero para financiar la anhelada *seguridad social universal* en México.

El segmento informal, a pesar de ser individuos productivos, no suele pagar impuestos porque el Estado es un mal cobrador que sólo retiene los de los cautivos trabajadores formales. Debido a esto, jamás va a ajustar el dinero para cumplir con esa aspiración —utópica, pero realizable— de que todos los mexicanos, sin distingos, tengan servicios de seguridad social. Quizá, la única propuesta viable para ello sea cubrir los costes de la seguridad social universal vía impuestos generales. Un tema polémico que hemos propuesto y argumentado desde hace años en nuestra obra escrita.

Como *segurólogos* sociales e investigadores del derecho social de larga data, pensamos que el actual Gobierno de México se equivoca en su estrategia política de dar ayudas asistencialistas clientelares, porque no resuelven el problema económico de fondo. Estadísticamente, está demostrado que el asistencialismo sólo replica intergeneracionalmente la pobreza.

Al respecto, añadimos que el propio Gobierno mexicano, al plantear la reforma en materia de pensiones que entró en vigor el 1 de enero de 2021, dejó perfectamente claro, desde la iniciativa presidencial, que, debido a la constante movilidad y flexibilidad laboral existente, se advirtió en el país que la mayor parte de los trabajadores cambian, a lo largo de su vida activo-productiva, del sector formal al sector informal y viceversa. Máxime ahora, en plena pandemia, la cual ha provocado un enorme desempleo formal y la extinción de decenas de miles de fuentes de trabajo que, para colmo de males, el Gobierno federal se negó a paliar, sin considerar siquiera un dato duro: "que el 95.4% del empleo formal del país lo conforman las microempresas" (empresas donde laboran de 1 a 10 trabajadores).[4]

[4] Jurado García de la Sienra, Jimena, "Porcentaje de Pymes en México", *Quickbooks*, México.

Debido a esos factores, la OIT decidió promover e impulsar el *trabajo decente* —el cual, frente a un panorama cambiante en estos tiempos convulsos que vivimos, debe incluir el servicio público de la seguridad social—, porque, a fin de cuentas, todos trabajan, aunque no todos lo hagan de manera subordinada. La idea consiste en proteger a quienes no tienen acceso a protección social, tal y como lo estableció dicho organismo mundial en su 109ª Reunión de 2020.[5]

La relación de trabajo, en cualquiera de sus diversas formas, es la piedra angular de la protección social laboral desde inicios del siglo XXI. Se construye en la conjunción de diversos mecanismos protectores, entre los que se encuentran:

- La asistencia social.
- La previsión social laboral.
- La seguridad social —que, reiteramos, son tres cosas: un derecho humano y social exigible al Estado por vía administrativa, jurisdiccional o judicial, tanto a nivel nacional e internacional.
- Otros sistemas complementarios de la protección social.

Cabe añadir al punto que México, desde 2013, "reconoce expresamente a los Pisos de Protección Social tras haber suscrito al respecto un Convenio específico con la propia OIT".[6]

Los llamados "Pisos de Protección Social", que generalmente suelen pasar desapercibidos por nuestra clase política (gobernantes, legisladores y hasta jueces), fueron resultado de una propuesta conjunta y concertada de la ONU, la OMS y la OIT, junto con otros organismos internacionales surgidos en el pri-

[5] Oficina Internacional del Trabajo (OIT), "Promover el empleo y trabajo decente en un panorama cambiante", Ginebra, Comisión de Expertos de la OIT, 2020.

[6] Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), "Piso de protección social en México, aspiración del Gobierno del presidente Enrique Peña Nieto: Alfonso Navarrete Prida", *Boletín de Prensa*, 67, México, Gobierno de México, 13 de junio de 2013.

mer "Foro Mundial de Seguridad Social",[7] celebrado en Moscú en septiembre de 2007.[8]

Dicha propuesta consiste en integrar de manera coordinada una especie de "red protectora en el circo de la vida", conjuntando los diversos esquemas de protección laboral para tener una vida digna; un asunto crucial para brindarle protección social a todos los trabajadores, formales e informales, y a sus respectivas familias, sin distingo alguno.[9] Como postura propia y de un grupo de reconocidos juristas nacionales, se considera posible añadir a este tejido protector social la figura jurídica del *ingreso mínimo vital* para atender de mejor manera a la gente en situación de pobreza extrema.[10]

Al respecto, en la "Declaración del Centenario" de la OIT se reafirmó la continua pertinencia de la relación laboral como un medio eficaz para producir bienes y servicios, así como para "proporcionar seguridad y protección jurídica integral a los trabajadores", dando lugar a obligaciones y derechos recíprocos, con base en la legislación nacional, tanto para el empresario como para el operario.

Así, la protección social debe considerarse siempre integrada por diversos mecanismos protectores sociales que van desde el simple *asistencialismo social* —generalmente clientelar, tal y como ocurre ahora en México— hasta la *previsión social laboral*, mecanismo protector previsto en las relaciones laborales subordinadas que se acuerda entre las partes mediante la negociación colectiva, la que, una vez estructurada, puede serle exigida al patrón vía judicial (aunque desde hace décadas la previsión social ha ido decayendo sensiblemente y se ha recargado en el servicio público de la *seguridad social*). Tampoco se puede dejar de mencionar

---

[7] OIT, "Foro Mundial de la Seguridad Social. Cuando el crecimiento significa igualdad: Construir un 'piso de seguridad social' para el mundo", Moscú, ILO.org, Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), 2007.

[8] El autor de este artículo fue invitado expresamente por la AISS a participar en este foro como especialista investigador en la materia.

[9] STPS, "Pisos de protección social", ILO.org.

[10] Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (coord.), *El ingreso mínimo vital. Una propuesta para México,* México, Editorial Tirant lo Blanch, 2021.

los *sistemas complementarios de la protección social* que, salvo contadas excepciones, son planes privados de pensiones, seguros privados de invalidez, de retiro o de vida, contratados por los propios interesados.[11]

A pesar de las aparentes similitudes habidas entre los mencionados mecanismos protectores, no es lo mismo asistir que prever, ni asegurar que complementar para una mejor protección. Esta confusión conceptual es "la mayor falencia por la cual el Derecho de la Seguridad Social es una de las disciplinas jurídicas menos estudiadas y comprendidas", máxime cuando se comprende que no es lo mismo el concepto filosófico de *seguridad social* —utopía factible de realizar— que el concepto jurídico de *seguro social*, porque este último es el instrumento jurídico creado por el Estado para brindar a la sociedad este magnífico manto protector.

La evolución del trabajo y la protección social en la tercera década del siglo XXI

Antes de entrar en materia conviene subrayar la constante evolución del trabajo y la protección social provocada por el acelerado cambio del *mercado laboral* y por factores sociales como la globalización, la digitalización, el uso constante de internet, plataformas digitales y otras innovaciones tecnológicas (como la inteligencia artificial y los algoritmos). En este contexto surgen *nuevas formas de trabajo* que ya no encajan en la noción tradicional de las relaciones laborales. Considerar una nueva flexibilidad de las relaciones laborales ayudará a superar muchos de los complejos desafíos a los que se enfrentan actualmente las empresas.

Por razones como las anteriores, el concepto *relación de trabajo* ha debido evolucionar al paso del tiempo y se ha diversificado abarcando situaciones ines-

[11] Para determinar las enormes diferencias conceptuales y teleológicas que existen entre la asistencia social, la previsión social laboral, la seguridad social y los sistemas complementarios, que son los esquemas que integran el todo el sistema de la protección social genérica en el mundo que reconoce la OIT, se recomienda la lectura del libro de nuestra autoría: *Nuevo derecho de la seguridad social,* 15ª edición totalmente revisada y actualizada, México, Porrúa, 2021, pp. 45 y sigs.

peradas que difieren abiertamente del empleo tradicional. Quedaron atrás los conceptos de *subordinación* y *retribución económica,* conceptos jurídicos diluidos en la nueva realidad de la tercera década del siglo XXI, como los detonantes de una relación laboral. De este fenómeno evolutivo no escapa tampoco el servicio público de la seguridad social, el cual debe acompañar el trabajo decente. Tal situación nos obliga a repensar el actual fenómeno laboral en su conjunto, lo que incluye al "trabajo total", el formal y el informal.

Habrá que añadir al punto que el imparable fenómeno de la informalidad laboral existe en todos los países del mundo, sin excepción. Esto es así, en parte, porque la Recomendación Núm. 204 de la OIT sobre la "transición de la economía informal a la economía formal" (2015) no establece ninguna definición, limitándose a describir los diversos aspectos de la economía informal.[12]

Un par de datos reveladores acerca del complicado tema de la informalidad laboral nos ayudarán a comprender la compleja realidad actual y el tamaño del desafío que representa este fenómeno económico, social y hasta cultural:

> Según estima la OIT, son dos mil millones de trabajadores —esto es, un 61.2% de la población ocupada a nivel mundial, quienes participan en el empleo informal—; y [...]
>
> Estima dicho organismo internacional, que ocho de cada diez empresas forman parte de la economía informal, debido a que aún en las empresas formales subsisten a la par el trabajo formal e informal, tal y como sucede con frecuencia en el caso típico *insourcing* con respecto del *outsourcing* —que en México es conocido como subcontratación laboral—,[13] un tema este último en que hay que destacar que pa-

[12] OIT, "Recomendación N° 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal.", Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1 de junio de 2015.

[13] El 23 de abril de 2021 se reformaron, adicionaron y derogan diversas disposiciones de ocho legislaciones federales, comenzando a regir al día siguiente de su publicación, en lo general con un par de excepciones establecidas en su articulado transitorio. El objeto es muy claro: prohibir la subcontratación simulada, permitiéndose tan sólo la subcontratación de servicios especializados o la ejecución de obras que no formen parte del objeto social o de la actividad económica preponderante de la empresa, creándose un padrón público a cargo de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social

> radójicamente el mayor empleador *outsourcing* lo es nada menos que el propio Gobierno federal y otros organismos públicos, siendo éste un fenómeno que se replica en países desarrollados de manera constante en las economías de ingreso alto, donde subsiste una proporción considerable de trabajo autónomo encubierto o simulado.[14]

En la práctica, la alta incidencia de la informalidad laboral representa importantes obstáculos para respetar los derechos de los trabajadores. Esto pasa muy especialmente en materia del servicio público de la seguridad social, debido a que no tienen acceso obligatorio a dicho manto protector. Máxime cuando, debido a los obligados confinamientos en casa por la enfermedad COVID-19, el trabajo presencial tiende a realizarse ahora en mayor medida desde el hogar en vez del centro de labores tradicional. De tal suerte, tanto trabajadores como empresas están cada vez más sujetos a modalidades de trabajo flexible, incluidas la subcontratación, la externalización y el trabajo a distancia desde el hogar.

Estas nuevas formas de trabajo aún no están reguladas de manera adecuada, lo cual provoca la reducción de la protección de los trabajadores y una falta de claridad en relación con el estatus de los operarios que, muy a menudo, en el entorno laboral actual, se ven empujados hacia la informalidad, fenómeno polifacético que impacta en los factores de la producción debido a los constantes cambios del operario o del sector formal al informal (o viceversa) a lo largo de toda su vida laboral.

La economía informal es heterogénea y, por lo tanto, puede adoptar muy distintas formas según las características, las circunstancias o las necesidades de los trabajadores y los patrones. Como sea, es urgente que se aborde este tema a través de políticas públicas de largo aliento e impacto social, "debiendo modificarse a la par el marco jurídico actual que dificulta la transición a la formalidad".

La inexistencia de políticas macroeconómicas y laborales adecuadas, la ausencia de instituciones eficaces, la discriminación persistente, o la falta de representación

---

federal para efectos de un mejor control. Presidencia de la República, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de abril de 2021, México.

[14] OIT, "Publicaciones sobre la economía informal", *ILO.org* (portal web).

sindical y de voz de los operarios son causas que detonan la informalidad laboral. Con todas estas implicaciones, este fenómeno evidencia *una gobernanza nacional deficiente en materia del trabajo,* un hecho recurrente en los países latinoamericanos que no suelen implementar buenas prácticas laborales ni de protección social.

Debemos reconocer que el derecho al servicio público especializado de la seguridad social no suele ser reconocido como lo que es: un derecho humano y social irrenunciable e inalienable. Ello con base a lo establecido en múltiples tratados, pactos y convenios internacionales en materia de derechos humanos y laborales que México ha aceptado, conforme a lo estatuido por el artículo 133 de nuestra Constitución Política mexicana, siendo un deber del Estado garantizarlo siempre bajo los principios jurídicos de *convencionalidad* y *pro persona* emanados de los dos primeros párrafos del artículo 1° de nuestra Carta Magna.[15]

Bajo esa premisa, basta un botón de muestra claro y categórico: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que México ratificó en 1981—, el cual establece, en su lacónico pero potente artículo 9, lo siguiente: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".[16]

En cierto sentido, si la seguridad social nos abandona, lo hace en simple reciprocidad al abandono en que la han tenido los juristas desde que se creara el primer seguro social mexicano, el 19 de enero de 1943. La inercia de este abandono continúa, acaso porque la seguridad social se considera más como un gasto que como una inversión en lo mejor que tiene un país: su gente.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948 —más allá de la eterna discusión

---

[15] Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Las pensiones, el gran desafío pendiente de México,* México, Editorial Tirant lo Blanch, 2020, pp. 31-38.

[16] ONU, "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (ratificado por México en 1981), México, Senado de la República.

de si es un instrumento jurídico, que no lo es, porque fue aprobada a mano alzada—, tiene una enorme fuerza jurídica vinculante por ser la base de todos los pactos, tratados y convenios internacionales del planeta en materia de derechos humanos, como lo reconoce de manera expresa el artículo 38 del propio "Estatuto de la Corte Internacional de Justicia" de la ONU.[17]

Obsérvese el texto íntegro de los artículos 22 y 25 de dicha Declaración Universal, en donde se explica con claridad meridiana las razones de nuestras anteriores afirmaciones:

> Artículo 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
>
> Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.[18]

Queda claro que el único responsable, garante primario y final del sistema nacional de los seguros sociales existentes es el propio Estado mexicano, quien debe responder por la actuación de los seguros sociales federales y locales, tal como se dispone en la "Observación Núm. 19 del Comité de Derechos Económicos y

---

[17] Puede consultarse el artículo 38, parágrafo 1, inciso *a)*: ONU, "Estatuto de la Corte Internacional de Justicia" (anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas), p. 7.

[18] ONU, "Declaración Universal de los Derechos Humanos", Ginebra, UN.org (portal web), 1945.

Sociales" de Naciones Unidas[19] —la cual regula la aplicación, tanto formal como material, del artículo 9 del PIDESC. Éste es un documento que debería conocer y utilizar cualquier especialista o estudioso de la materia. Si el amable lector no la ha visto, hágalo, porque cambiará su panorama acerca de la seguridad social y, acaso, de su vida y la de los suyos.

La inconstitucionalidad de las pensiones en la rama de riesgos de trabajo del IMSS

Después un cuarto de siglo, prácticamente nadie ha terminado por darse cuenta de que el régimen pensionario de "reparto o fondo común con pensiones predefinidas en ley"[20] dejó entreabierta la puerta para que, casi un lustro después —a raíz de la profunda reforma efectuada a la citada Ley del Seguro Social (LSS) el 20 de diciembre de 2001 mediante la cual se reformaron dos terceras partes el texto original vigente desde mediados de 1997—,[21] *la rama del seguro de riesgo de trabajo se modificara de forma radical* en contrapartida a la estatuido en la fracción XIV, del hoy Apartado A, del artículo 123 de la Constitución Federal, el que establece literalmente lo siguiente:

> Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo

[19] ONU, "Observación general Núm. 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9)", Ginebra, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), 4 de febrero de 2008.

[20] Sustituido por un nuevo modelo previsional de capitalización individualizada, mejor conocido como modelo de AFORES, establecido en la Ley del Seguro Social (LSS) que comenzó a regir en todo el país el 1 de julio de 1997.

[21] Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho…, op. cit.*, pp. 284-290.

que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.[22]

Sentado lo anterior, nosotros sostenemos que dicha reforma pensional es, a todas luces, inconstitucional, tal y como argumentaremos y demostraremos en este apartado.

Pocos son los críticos del actual sistema pensionario y especialistas en seguridad social de nuestro país que han hablado sobre el hecho de que, acaecido un siniestro laboral que incapacite de manera permanente o prive de la vida al operario, *se echa mano por disposición legal expresa de los recursos económicos que este hubiere acumulado en su Cuenta Individual del Sistema de Ahorro para el Retiro* (SAR).

Este ahorro es de la exclusiva propiedad del trabajador asegurado y corresponde a contingencias sociales previsionales ajenas a los riesgos laborales, como el retiro de la vida activo-productiva del operario, la cesantía en edad avanzada o la vejez del asegurado, que son, acorde con su naturaleza jurídica, *pensiones previsionales* debido a que pueden —y deben, en este atípico modelo previsional de capitalización individual— *preverse a largo plazo.* Ello a diferencia de las consecuencias surgidas de los riesgos de trabajo que, conforme a su naturaleza jurídica, fuesen consideradas como *pensiones contingenciales* si ocurriesen de manera intempestiva (incluso desde el primer día laboral del operario asegurado) y, por ende, se pudiesen materializar de un momento a otro.[23]

Por lo tanto, para centrar el tema abordado, hablaremos muy brevemente de las enormes diferencias entre las pensiones de seguridad social atendiendo a su propia naturaleza jurídica intrínseca, tan disímbola como lo es, por poner un ejemplo claro, de la pensión *por jubilación laboral* por edad o años de servicio, o las coloquialmente llamadas *pensiones para adultos mayores* u otra

---

[22] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, México. Véase el texto del artículo 123, apartado A, fracción XIV.

[23] Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Las AFORE, el sistema de ahorro y pensiones mexicano,* 7ª edición revisada y actualizada, México, Porrúa, 2017, pp. 41-46.

serie de pensiones "no contributivas" (*sic*),[24] como sí los son las pensiones de seguridad social.

El problema jurídico incomprendido es que se desacata e incumple, sin pudor ni rubor, la norma constitucional precitada que responsabiliza, exclusivamente, a los patrones de hacerse cargo de este tipo de siniestros —lo que reitera además la propia Ley Federal del Trabajo (LFT), en su Título Noveno "Riesgos de Trabajo", como legislación reglamentaria de dicho precepto constitucional.

Esto debido a que en la LSS —que es también legislación reglamentaria y contiene el marco jurídico en el que debe actuar el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)—, se establece con meridiana claridad en sus artículos 58, 61, 64 y demás relativos que forman parte del Título Segundo, capítulo III: "Del Seguro de Riesgos de Trabajo" que, para cubrir el monto de una pensión en los casos de una incapacidad permanente parcial superior al 50% (o de la incapacidad permanente total o en caso de muerte del asegurado debido a un siniestro laboral), "se deberá contratar con una aseguradora privada autorizada" al efecto por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), bajo la figura jurídica de *renta vitalicia* y, en su caso, contratarse también el *seguro de sobrevivencia* para sus deudos, pero se contratará "con los ahorros individuales, propiedad del asegurado, guardados para otras contingencias socio vitales distintas".

Esto equipara en la práctica una eventualidad inesperada (como lo es siempre el riesgo laboral) al resto de pensiones previsionales establecidas en la LSS, lo cual no sólo es un despropósito jurídico sino también una abierta violación de los derechos humanos de los trabajadores asegurados —y por extensión de sus familiares dependientes económicos— "al no tener los operarios obligación alguna de 'cooperar' [*sic*] para recibir la pensión correspondiente surgida de un siniestro de trabajo", a cuyo acceso tiene legítimo derecho por disposición constitucional expresa.

Aquí se pierde de vista el que los recursos económicos ahorrados por los asegurados en su cuenta individual SAR —junto con los intereses que se obtienen en su

[24] Juárez, Laura, "Pensiones no contributivas en México: qué son, qué impacto tienen y cuál es su futuro", México, *Otros Diálogos del Colegio de México*, núm. 5, 2018.

inversión en valores bursátiles a través de las Administradoras de Fondos para el Retiro (afore)— "corresponden específicamente a contingencias previsionales de largo plazo", como lo son las pensiones de cesantía en edad avanzada o de vejez que, atendiendo a su naturaleza jurídica, son distintas por completo a los riesgos de trabajo.

Por eso resulta absurdo, injusto, ilegal y hasta inconstitucional que, aprovechándose de la ignorancia de los trabajadores, se utilicen esos recursos, propiedad de los operarios, y se "legalice" (*sic*) una afrenta social que obligue a que el trabajador siniestrado ayude a costear, con su propio patrimonio previsional ahorrado para su eventual retiro de la vida activo-productiva, su pensión por riesgos de trabajo que es, con base al artículo 123 de nuestra Carta Magna, una obligación patronal de origen que debe atender el imss en todo caso. Y tan lo es de origen una obligación del ente asegurador nacional, que el propio artículo 53 de la lss establece lo siguiente:

> El patrón que haya asegurado a los trabajadores a su servicio contra riesgos de trabajo quedará relevado en los términos de esta Ley, del cumplimento de las obligaciones que sobre responsabilidad por esta clase de riesgos establece la Ley Federal del Trabajo.[25]

Así las cosas, pero vayamos por partes para analizar las razones jurídicas de su abierta inconstitucionalidad:

1) El artículo 123, Apartado A, de la Constitución Política mexicana, en su fracción XIV, establece como una obligación de los patronos el responsabilizarse de los riesgos de trabajo que sufran sus operarios, obligándoles por ende a pagar la indemnización correspondiente. Recordemos que históricamente las teorías que permean ahora en nuestros vigentes Derechos Laboral y de la Seguridad Social sobre los *riesgos de trabajo* se basaron primero en la *teoría de la culpa* proveniente del Derecho Civil francés, luego

[25] Presidencia de la República, Ley del Seguro Social, última reforma *DOF* 23/04/2021, México.

en la *teoría de la responsabilidad contractual,* enseguida en la *teoría del caso fortuito,* después en la *teoría del riesgo creado,* posteriormente en la *teoría del riesgo profesional*, la cual derivó a la *teoría del riesgo de autoridad* hasta llegar a la actual *teoría del riesgo social*.[26]

Esta teoría final, elaborada tras un largo recorrido jurídico, aparece en la mayoría de los seguros sociales contemporáneos. Esto porque los riesgos de trabajo no pueden ser imputados a un patrón determinado, sino a la colectividad entera (beneficiaria última de la labor productiva desarrollada), distribuyéndose solidariamente el riesgo social por dos razones básicas, a saber: para evitar la insolvencia de un patrón o un eventual cierre de la empresa y para darle mayor certeza jurídica al operario asegurado, porque será un ente público asegurador, creado por el Estado mismo, el responsable de preservar en todo tiempo y lugar los legítimos derechos del trabajador siniestrado y de su familia.

2) En obsequio a tal mandamiento expreso e indubitable de nuestra Carta Fundamental, la legislación reglamentaria de dicho precepto, que es la LFT, en su Título Noveno: "Riesgos de Trabajo", en lo general y a lo largo de todo su texto, "responsabiliza de manera inobjetable a los empleadores" de aquellos accidentes y/o enfermedades profesionales que sufran sus operarios, en ejercicio o con motivo del trabajo subordinado que desempeñen, así como los siniestros acaecidos en trayecto.

El primer respondiente de los riesgos de trabajo es el empleador, y no sólo se trata de que quien absorba ese coste indemnizatorio sea él, sino que es él y sólo él quien, con arreglo a derecho, "deberá cubrir exclusivamente las primas del seguro de riesgos de trabajo al IMSS". Así, en ese orden de ideas, la norma reglamentaria, que regula las relaciones laborales en México, vuelve a corroborar lo que antes había expresado ya el Consti-

[26] Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 15ª edición revisada y actualizada, Porrúa, México, 2021, pp. 775-777.

tuyente originario: "son los patrones, y nadie más que ellos, quienes están obligados a cubrir estos siniestros laborales", incluyendo las indemnizaciones relativas y otras responsabilidades inherentes.

3) Por otra parte, el artículo 2º, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, contempla y define las *aportaciones de seguridad social* a cargo de las personas sustituidas por el Estado —léase, el IMSS—, "en sus obligaciones legales en esta materia". De tal manera que, con arreglo a derecho, una de las principales obligaciones de los empleadores es la de asumir la responsabilidad en la ocurrencia de riesgos de trabajo. Sin embargo, debido a la evolución lograda en materia de seguridad social, y de suyo en aras de facilitar su cabal cumplimiento —responsabilidad que doctrinariamente, dicho sea de paso, se extiende también a la sociedad en general, además del empleador—, fue concebida por el Estado mexicano la implementación de los seguros sociales para que interviniese y coadyuvara a atemperar la sentida problemática social que acarrea un riesgo de trabajo, en aras de evitar que patrones insolventes o mañosos incumplieran con este tipo de obligaciones de enorme trascendencia e impacto social, y no corriera el peligro de que se extinguiera la fuente de trabajo.

4) Por otra parte, ya dijimos antes,el artículo 53 de la LSS previene en forma expresa y literal lo siguiente: "Los patrones que hubiesen asegurado a sus trabajadores contra riesgos de trabajo quedarán relevados de las obligaciones que por este tipo de siniestros establece la LFT".[27] Ello es así porque, en obsequio al mandato constitucional, "se obliga a los patrones a pagar las cuotas patronales, o contribuciones de seguridad social, en materia de riesgos de trabajo" para el sostenimiento de dicha rama del seguro de riesgos de trabajo del régimen obligatorio, todo ello de conformidad al texto

[27] Ley del Seguro Social, *op. cit.*

del artículo 70 de la LSS; de lo que se colige que *el verdadero asegurado es el patrón,* pues éste, por el simple hecho de afiliar a sus trabajadores al régimen obligatorio —pague o no sus cuotas—, "queda por Ley, tratándose de riesgos de trabajo, relevado por el IMSS de todo tipo de responsabilidades".

5) Y, por último, el capítulo VI "Del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez" —que comprende los artículos del 153 al 173 de la LSS—, en su sección séptima, alude específicamente a la *cuenta individual SAR* y a la par nos remite a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (para su instrumentación tanto formal como material), haciéndose notar desde ahora que dicha legislación no es reglamentaria de la Constitución, sino que se trata de una legislación federal ordinaria.

   A lo largo de su lectura, e incluso por su simple ubicación dentro de la Ley del SAR, resulta fácil colegir que se trata entonces de "una Cuenta Individual SAR creada exprofeso para atender contingencias sociales previsibles a largo plazo", como lo es el retiro; si bien puntualizamos que el retiro de la vida activo productiva en realidad no es un seguro, sino sólo un ahorro del trabajador que aporta su empleador y que podrá exigir el operario cuando decida libremente retirarse aun cuando no se pensione.

   En cambio, la cesantía en edad avanzada (que se alcanza entre los 60 y 64 años) o la vejez (a los 65 años y más), eventos que, reiteramos, no se dan intempestivamente como sucede siempre tratándose de los riesgos de trabajo, son pensiones previsionales, las cuales son de *naturaleza jurídica muy diferente respecto a las pensiones contingenciales,* que suceden intempestivamente.

Ahora bien, recordemos que la cuenta individual SAR, de conformidad al artículo 74 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, contiene solo cuatro subcuentas, a saber:

1) La subcuenta del *Seguro de retiro* (en realidad no es un seguro sino un ahorro, siendo una aportación patronal del 2% calculado sobre el salario base de cotización)

y la *Cesantía en edad avanzada y vejez* (de contribución tripartita a la que aportan cuotas el patrón, el trabajador y el Gobierno federal) prevista desde luego en la LSS es una subcuenta que administra la AFORE elegida por el trabajador asegurado.

2) La subcuenta de vivienda, donde se lleva el control de la aportación patronal de carácter obligatorio del 5% calculado sobre el salario base de cotización, atento a lo previsto en la LFT y en la ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), la cual está destinada a objetivos concretos y específicos de vivienda popular, subcuenta que este Instituto de seguridad social administra directamente.

3) La subcuenta de *aportaciones voluntarias,* en la que se acumulan los aportes voluntarios del patrón y/o del trabajador (administrada por la AFORE), es la que tiene reglas distintas a las otras subcuentas obligatorias y, por ende, puede ser retirado su monto cada seis meses. Los recursos depositados en esta subcuenta son propiedad exclusiva del asegurado, quien podrá elegir libremente su destino (pudiendo utilizarlos para recibir una mayor pensión), o bien, serán entregados al momento de su retiro de la vida productiva.

4) La de *aportaciones complementarias de retiro,* introducida por reformas a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro a partir del 11 de diciembre de 2002, cuyo objetivo legal es la captación de recursos adicionales que no podrán ser retirados hasta que llegue el momento de ser pensionado el asegurado, y que podrían servir, a voluntad del propietario de la cuenta SAR, para también incrementar el monto de su pensión.

Es fácil advertir, de lo antes expuesto, que la Cuenta Individual SAR no tiene subcuentas ni de riesgos de trabajo, ni tampoco del seguro de invalidez y vida, ello por una razón fácil de comprender: porque en estas dos ramas de seguros del régimen obligatorio se preservó el modelo de reparto o fondo común con pensiones predefinidas en la Ley de 1973 —que fue derogada, mas no abrogada, por lo que el asegurado puede todavía solicitar la pensión que mejor le convenga, la de la LSS de 1973 o la de la LSS de 1997—, toda vez que el cambio del anterior modelo de reparto al modelo previsional de capitalización individualizada, *de origen se limitaba a las pensiones previsionales* en la rama de los seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, del régimen obligatorio del IMSS.

Por lo tanto, en materia de *Riesgos de trabajo, é*stas son pensiones contingenciales acorde con su naturaleza intrínseca, totalmente distintas a las *pensiones previsionales* clásicas de los seguros de invalidez, vida, cesantía en edad avanzada y vejez; por lo que es injusto e inconstitucional que se haga uso de los recursos económicos ahorrados por los operarios asegurados para determinadas contingencias sociovitales diversas de largo plazo. Al ser de su exclusiva propiedad no deben usarse para cubrir pensiones de riesgos de trabajo, porque nada tienen que ver con el objetivo del ahorro forzoso previsional y, a largo plazo, hecho por el operario asegurado. Lo reiteramos: es dinero del trabajador asegurado y su ahorro previsional, por lo que es su legítimo derecho usarlo para lo que mejor le convenga a su propietario o a sus beneficiarios.

Lo verdaderamente absurdo en todo esto es que los empleadores cumplen con su cometido y la exigencia legal, pues el patrón paga al IMSS mensualmente la prima del seguro de riesgos de trabajo que fijan la LSS y el Reglamento para la Clasificación de Empresas relativo (RACERF),[28] *haciéndolo en la cuantía que determina su siniestralidad real,* lo que se supone —sólo se supone, conste—, que el pago de cuotas efectuado de conformidad a la fracción XIV, Apartado A, del artículo 123 de nuestra Carta Magna, garantizaría por sí mismo todas las prestaciones en dinero y en especie brindadas al trabajador, así como los costos de administración de esta rama de riesgos de trabajo, los cuales se llevan en contabilidad por separado de las otras ramas de seguros por parte del propio IMSS.

Dicho todo en pocas palabras: *la Rama del seguro de Riesgos de Trabajo del régimen obligatorio tiene sus propias reservas técnicas, actuarialmente previstas para afrontar estos siniestros* y, por lo tanto, de esos recursos financieros (administrados por el IMSS directamente) debieran salir los importes para costear en forma íntegra las pensiones de riesgos de trabajo y el coste de su administración. Empero, en la práctica no ocurre así, y no hay una razón lógica, categórica y contundente que lo justifique, no sólo porque agravia al operario siniestrado y lo revictimizan, sino

[28] Presidencia de la República, Reglamento de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización del IMSS (RACERF), última reforma *DOF* 15/07/2005, México.

además porque la responsabilidad que asume el IMSS, en su artículo 53, proviene de la *teoría del riesgo social*, ya establecida en nuestra obra escrita.

Ahora bien, es verdad que un operario puede, por desgracia, accidentarse y morir el primer día de labores sin haber tenido siquiera la oportunidad de haber acumulado, en su cuenta individual SAR, cantidad alguna para su retiro de la vida productiva.

Un accidente o enfermedad laborales son eventos totalmente distintos a los temas del retiro, de la invalidez, de la muerte, de la vejez o de la edad avanzada, por lo que, al quedar relevado el patrón de estas responsabilidades en forma expresa por la LSS, el hecho de que hubiese o no provisión suficiente en la Cuenta Individual SAR para atender la contingencia de un siniestro de índole laboral deviene en irrelevante.

En cualquier caso, el IMSS, como institución aseguradora nacional, tiene el deber de asumir el riesgo y responder siempre de todas estas contingencias sociales, aportando los recursos necesarios para todo tipo de pensiones, ya que para eso fue pensado y creado por el Estado mexicano: para correr el riesgo que implica tener que brindar este tipo de siniestros; porque el patrón queda expresamente relevado de toda la responsabilidad al inscribir a su trabajador y cubrir las aportaciones de seguridad social establecidas en la fracción II, artículo 2°, del Código Fiscal de la Federación.

Máxime cuando el servicio público especializado de la seguridad social lo terminamos cubriendo todos los mexicanos de nuestros impuestos —lo sepamos o no, lo queramos o no—, pues, en el Presupuesto de Egresos de la Federación de 2021, uno de cada cinco pesos se destina al tema de la seguridad social y salud para derechohabientes, dando un total de: un billón cuatrocientos doce mil seiscientos cuarenta y siete millones punto seis, millones de pesos.[29]

Además, con base a estadísticas y estudios actuariales, dicho *riesgo* que corre el IMSS es muy relativo, pues naturalmente las probabilidades de que eventos así acontezcan ya están contemplados desde el momento en que el legislador consi-

[29] Ver la gráfica de la distribución en la siguiente liga: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Presupuesto de Egresos de la Federación de 2021 (infografía), México, Portal de Transparencia Presupuestaria, 2021.

deró fijar un factor de prima básico de 2.3, al elaborar la "fórmula de siniestralidad" del artículo 72 de la LSS —o bien el factor 2.2, si el empleador cuenta ya con un sistema de administración y seguridad acreditado por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social—; factores básicos de siniestralidad (evidentemente calculados y matemáticamente apoyados en estudios actuariales), que sostienen las probabilidades estadísticas de frecuencia y gravedad de que pudieren suceder este tipo de siniestros laborales.

En resumen, no es válido que, una vez ocurrido el siniestro de índole laboral, sea el propio operario —que con fe y esperanza aportó de su propio peculio para los ramos de los seguros de cesantía en edad avanzada y Vejez un porcentaje de su salario—, quien, con base a su esfuerzo personal como trabajador subordinado, deba aceptar, basándose en disposiciones de legislaciones secundarias que son inconstitucionales, que el siniestrado o su familia coadyuve a financiar su *pensión por riesgos de trabajo,* y que tras su fallecimiento con su ahorro costear incluso las pensiones de viudez, orfandad o de ascendientes.

Hacerlo así, además de ser ilógico y antijurídico, contraviene no solo a la norma constitucional que, todos sabemos, está por encima de cualquier ley reglamentaria o secundaria de ella emanada, y también, cómo no, por arriba de los tres Poderes de la Unión en donde el pueblo deposita su soberanía.

Aquí se rompe con los principios de justicia social y de equidad que propende el Derecho Social, otrora orgullo legítimo de nuestro país, y lo peor de todo es que exhibe públicamente que en nuestro país el Estado de Derecho es, en la práctica, una mera ilusión.

Conclusiones

La conclusión de lo aquí abordado es una propuesta clara y categórica: es a todas luces inconstitucional el sistema pensionario de la rama de riesgos de trabajo del régimen obligatorio del IMSS, por lo cual urgiría reformarlo a la mayor brevedad posible si pretendemos respetar el Estado de Derecho.

Si lo que se pretendía era "unificar" todo el sistema de pensiones del IMSS, y que de los recursos acumulados en la Cuenta Individual SAR se cubriesen todas ellas, *entonces habrá que eliminar primero la fracción XIV, Apartado A, del artículo 123 de nuestra Constitución Política;* y en seguida crear las reservas técnicas en cada una de las ramas de seguros en donde existen pensiones de seguridad social, por lo que debe reformarse no solo la LSS, sino también la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, *abriéndose de plano 6 subcuentas* en la Cuenta Individual SAR, a saber:

1) La de Riesgos de Trabajo (IMSS).
2) La de Invalidez y Vida (IMSS).
3) La de Retiro, Cesantía en edad avanzada y Vejez (IMSS).
4) La de Vivienda popular para trabajadores subordinados (INFONAVIT).
5) La de Aportaciones Voluntarias (del trabajador asegurado).
6) La de Aportaciones Complementarias de Retiro (del empleador).

Porque si lo que se buscaba en realidad es liberar de una buena vez y por completo al ente asegurador nacional de la responsabilidad pensionaria, deberá entonces separarse tanto el financiamiento de lo que son los gastos de administración de las 5 ramas de seguros en que se cubran pensiones —los cuales se aportarían al IMSS y este los manejaría para continuar administrando el régimen obligatorio.

Además, deberá establecerse qué porcentaje de las cuotas a cubrir constituirían las aportaciones a cada rama de aseguramiento, esto para crear de verdad las reservas técnicas financieras, actuarialmente planeadas, para sufragar el coste pensionario. Recursos que, en tal caso, irían a parar a manos de las AFORE para que los administraran e invirtieran a través de sus Sociedades de Inversión, abandonándose de plano el "híbrido" esquema actual que combina todavía el *modelo de reparto o fondo común de prima media* de la LSS de 1973, con el *modelo previsional de capitalización individualizada* de la LSS de 1997 —reformada el 21 de diciembre 2001—, adoptándose este último en lo que a pensiones atañe de manera integral.

No cabe a nuestro parecer otra posibilidad legal.

Referencias

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (inegi) (2021). Comunicado de prensa Núm. 115/21. México: inegi, 15 de febrero de 2021. Recuperado de https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_02.pdf.

Juárez, Laura (2018). "Pensiones no contributivas en México: qué son, qué impacto tienen y cuál es su futuro". *Otro Diálogos del Colegio de México*, núm. 5. Recuperado de https://otrosdialogos.colmex.mx/pensiones-no-contributivas-en-mexico-que-son-que-impacto-tienen-y-cual-es-su-futuro.

Jurado García de la Sienra, Jimena (s/a). "Porcentaje de Pymes en México". *QuickBooks*. México. Recuperado de https://quickbooks.intuit.com/mx/recursos/comienza-tu-negocio/cual-es-el-porcentaje-de-pymes-en-mexico/.

Ley del Seguro Social. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_230421.pdf.

Oficina Internacional del Trabajo (oit) (2020). "Promover el empleo y trabajo decente en un panorama cambiante". Comisión de Expertos de la oit. Ginebra. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf.

---------- (2007). "Foro Mundial de Seguridad Social. Cuando el crecimiento significa igualdad: Construir un 'piso de seguridad social' para el mundo". Moscú: Asociación Internacional de la Seguridad Social (aiss). Recuperado de https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_084140/lang--es/index.htm.

---------- "Pisos de Protección Social". Recuperado de https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/policy-development-and-applied-research/social-protection-floor/lang--es/index.htm.

---------- "Recomendación N° 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal". Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1 de

junio de 2015. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_379098.pdf.

---------- "Publicaciones sobre trabajo informal". *ILO.org (portal web)*. Recuperado de https://www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/informal-economy/publications/lang--es/index.htm#:~:text=En%20abril%20de%202020%2C%20se,de%20un%2060%20por%20ciento.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (s/a). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). Recuperado de https://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Pacto_IDESC.pdf.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

---------- *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Recuperado de http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CIJ.pdf.

--------- *Observación N° 19 (artículo 9 del PIDESC), emanada del Comité de Derechos Económicos y Sociales*. Recuperado de https://www.refworld.org.es/publisher,CESCR,GENERAL,,47d6667f2,0.html.

Presidencia de la República, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado *B)* del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del Apartado *B*, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de abril de 2021, México. Recuperado de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616745&fecha=23/04/2021.

Presupuesto de Egresos de la Federación de 2021 en gráficas. Recuperado de https://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/es/PTP/infografia_ppef2021.

Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (coord.) (2021). *El ingreso m*ínimo *vital. Una propuesta para México.* México: Editorial Tirant lo Blanch.

---------- (2021. *Nuevo derecho de la seguridad social*, 15ª edición. México: Porrúa.

---------- (2020). *Las pensiones, el gran desafío pendiente de México.* México, Editorial Tirant lo Blanch, 2020.

---------- (2017). *Las AFORE, el sistema de ahorro y pensiones mexicano,* 7ª edición revisada y actualizada. México: Porrúa.

---------- (2011). *Seguridad social obligatoria para trabajadores migrantes e informales,* prólogo de Néstor de Buen Lozano. México: Universidad de Guadalajara / Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas / Porrúa.

Reglamento de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización del imss (racerf). Recuperado de http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/reglamentos/4046.pdf.

STPS, *Boletín de Prensa 67*, del 13 de junio de 2013. Recuperado de https://www.gob.mx/stps/prensa/piso-de-proteccion-social-en-mexico-aspiracion-del-gobierno-del-presidente-enrique-pena-nieto-alfonso-navarrete-prida.

Experiencia de la ASPAAUG en la implementación del FAS para el apoyo al pago de complemento de pensiones de los trabajadores de la Universidad de Guanajuato

Claudia Lizbeth Reyes Montúfar [1]
Raúl Hernández Silva [2]
Miguel Ángel Ortiz Gil [3]

Introducción

Este trabajo explora el tema de pensiones y jubilaciones de los trabajadores de la Universidad de Guanajuato. En ese sentido, la presente investigación busca presentar un panorama de las principales características del sistema de jubilaciones de los académicos de la Universidad de Guanajuato. La información base de este trabajo proviene de los archivos institucionales y sindicales. Para la Universidad de Guanajuato (UG) y la Asociación de Personal

[1] Maestra en Marketing, secretaria general de la ASPAAUG 2015-2023, académica de la Universidad de Guanajuato.

[2] Contador Público, secretario de Finanzas de la ASPAAUG 2015-2023, académico de la Universidad de Guanajuato.

[3] Doctor en Ciencias Administrativas, secretario de Organización de la ASPAAUG 2016-2023, académico de la Universidad de Guanajuato.

Académico y Administrativo de la Universidad de Guanajuato (aspaaug) ha sido particularmente constante el diseño y la aplicación de estrategias para blindarse de crisis y turbulencias económicas. Esta investigación describe los mecanismos y resultado de establecer una reforma en el sistema de pensiones de la ug.

¿Qué son las pensiones y cuántos tipos hay?

En México existen varios sistemas de pensiones contributivas federales y estatales, administrados por diversas instituciones. Según datos del inegi (2010) del total de las personas mayores de 60 años, sólo el 24% contaba con una jubilación o pensión y sólo el 32.7 % de los hombres y el 17% de las mujeres que se encuentran en este rango de edad, reciben una pensión.[4]

Los sistemas de pensiones, en cualquiera de sus variantes, son un elemento importante de los sistemas de seguridad social. Su estatus requiere ser comprobado periódicamente, pues emite señales importantes en cuanto al estado de la protección social en el país. Por lo general, el desempeño de los sistemas de pensiones puede evaluarse considerando tres aspectos: cobertura, suficiencia y sostenibilidad. El primero se refiere a la proporción de la población de adultos mayores protegida por los sistemas (y si se trata de un sistema contributivo se añade a la proporción de adultos jóvenes aportantes). La suficiencia hace referencia al nivel de beneficios y a la capacidad de quienes los reciben de mantener un nivel "suficiente" de consumo. Finalmente, la sostenibilidad se remite a la capacidad de la sociedad y el Estado de mantener los sistemas en funcionamiento sin ocasionar mayores inconvenientes en las cuentas fiscales.[5]

---

[4] Montoya Arce, B., Y. Roman Sánchez & S. Gaxiola Robles, "Envejecimiento y vulnerabilidad social en el Estado de México, 2010", *Papeles de Población*, vol. 22, núm. 90, 2016, pp. 43-77.

[5] Hernández, H. C., "Some Notes about Retirement Pension Systems of Social Security and the Experience of its Reform in Latin America", *Revista Economía y Desarrollo*, vol. 160, núm. 2, 2019, pp. 1-10.

Es así como los sistemas de pensiones tienen como propósito que los trabajadores cuenten al momento de su retiro (ya sea por vejez o invalidez) con los recursos necesarios para una vida buena. En la siguiente tabla 1 se muestra los cuatro esquemas de pensiones para México:

Tabla 1. Esquemas de pensiones para México

Esquemas de pensión	Funcionamiento
Esquemas no contributivos.	Otorgados por el gobierno federal o las entidades federativas. El esquema no contributivo actualmente se denomina *Pensión para el bienestar de las personas adultas mayores*. El programa tiene como objetivo apoyar con 1,275 pesos mensuales a 8.5 millones de personas de este grupo de la población, en especial a los más pobres. Este programa duplica la pensión anterior y la convierte en un derecho constitucional universal.
Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR).	Es un sistema fondeado de contribución definida, obligatorio e integrado por cuentas individuales. Este sistema beneficia a todos los trabajadores que ingresaron a trabajar el 1 de julio de 1997 o después. Sin embargo, para los trabajadores al servicio del Estado, este esquema inició hasta 2007. La aportación de los trabajadores es del 6.5% de su salario, donde el patrón contribuye con 5.150%, el empleado con 1.125% y el gobierno con 0.225%.
Esquemas de pensiones especiales para trabajadores estatales.	Estos benefician principalmente para los trabajadores de las empresas de participación estatal, por ejemplo: Petróleos Mexicanos (Pemex), Comisión Federal de Electricidad (CFE), las fuerzas armadas, los tribunales de justicia, la Suprema Corte, el Banco de México, Banca de Desarrollo y algunas universidades.
Planes de ahorro voluntarios.	Son los que se contratan en forma voluntaria con empresas aseguradoras que se encuentran registradas y reguladas por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Fuente: Elaboración propia con base en Castañeda Ortiz & Jiménez Bustos, 2019.

Esquemas y déficits actuariales en las universidades públicas estatales (upes)

En febrero de 2001 se conformó una comisión mixta entre la Secretaría de Educación Pública y la Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Educación Superior (anuies), a fin de analizar la problemática de las pensiones en cada una de las universidades con una metodología común y estandarizada, orientada a establecer estrategias para su atención.

Los estudios actuariales ayudaron a sistematizar la información y a descubrir que el problema de las pensiones también abarca a casi la totalidad de las instituciones de educación superior (ies) y universidades públicas del país.

El diagnóstico elaborado por el actuario Carlos Soto Pérez a treinta universidades ubica dos grandes clases de problemáticas en las ies: las instituciones que pasan por una situación crítica en materia de financiamiento y requieren de reformas y las instituciones que sólo necesitan medidas que permitan solventar los compromisos que adquirieron. Para ese entonces, "tan sólo el valor presente de los derechos adquiridos por concepto de pagos únicos y de pensiones —que por lo tanto son prácticamente ineludibles— se estima conservadoramente en 69 mil millones de pesos para el año 2000, que equivalen al 1.3 por ciento del pib de ese año".[6] En ese diagnóstico se destaca que las cuotas y aportaciones para las pensiones de las ies representan en promedio el 2.8% de la nómina de base y para equilibrar los beneficios otorgados debieran ser de un nivel cercano al 43.6%.[7]

Se distinguen cuatro esquemas de sistema de pensión dentro de las upes:

---

[6] Soto Pérez, C., "Valuación actuarial estandarizada de las universidades e instituciones públicas de educación superior". Actuario, 2000.

[7] García Nieto, H. U., A. A. Pacheco Espejel, B. Ruiz Hernández, L. F. Sánchez López & L. D. Vargas Alencaster, "Situación actual y perspectivas de los sistemas de pensiones y jubilaciones en México", en E. De la Garza y C. Salas (coords.), *La situación del trabajo en México, 2006*. (pp. 205-232), México, unam / Instituto de Estudios del Trabajo / Centro Americano para la Solidaridad Sindical Internacional / afl-cio / Plaza y Valdés, 2006.

Universidades como la UNAM, la UAM y la Universidad Autónoma de Tlaxcala, entre otras, que se encuentran afiliadas al IMSS, al ISSSTE o algún Sistema Estatal de Seguridad Social. Estas IES cotizan a dichas instituciones y hacen frente a los pagos únicos, aunque la quiebra de tales instituciones por desequilibrios financieros o por cambios en los requisitos o en la normatividad, tendrán impactos negativos en las universidades.

Universidades que cuentan con un sistema de pensiones formal, complementario a los sistemas de pensiones de las instituciones de seguridad social. Estas instituciones cubren la parte restante o el complemento de sus pensiones institucionales, lo cual se encuentra pactado en los contratos colectivos de trabajo (CCT). Dado que el porcentaje de pensión en el IMSS o en el ISSSTE es muy pequeño, se requieren cantidades complementarias cada vez mayores que pesan en sus presupuestos.

Universidades que cuentan con un sistema de pensiones propio con responsabilidad total. Como prácticamente ninguna universidad tiene reservas que cubran las obligaciones pactadas, hacen frente con recursos presupuestales y con gasto corriente, lo que deja en la incertidumbre su futuro financiero.

Universidades con doble aseguramiento, las cuales tienen pactado un sistema de pensiones propio y además se pensionan a través de alguna institución de seguridad social.[8]

Recursos para pensiones y saneamiento financiero para las UPES

Hasta 2014, el déficit generado por las pensiones de 34 UPES equivale al 2.0% del Producto Interno Bruto (PIB) y representa tres veces más del presupuesto asignado para la educación superior en 2017. A partir del 2001, el gobierno federal se vio obligado a asignar *recursos extraordinarios* a estas instituciones, con el objetivo de incidir en la solución de los problemas estructurales de carácter financiero, conocido hoy como "Apoyos para saneamiento financiero y la atención a problemas estructurales de las UPES", el cual transfiere recursos a las instituciones para

[8] SEP-ANUIES, XXIII, *Informe del programa de fomento a reformas estructurales en las universidades. XXIII Sesión Ordinaria del Consejo de Universidades Públicas e Instituciones Afines* (p. 3), Aguascalientes, SEP-ANUIES, s/a.

que éstas puedan pagar sus pasivos laborales (i.e. seguridad social) y disminuir el déficit generado por las pensiones que tienen. Esto significa que cierto porcentaje del presupuesto educativo se dirige al pago de pensiones y jubilaciones de los trabajadores de las UPES y no para la educación propiamente. Para dimensionar el tamaño del déficit en 2014, que es igual a $357,944 mdp, el presupuesto asignado para la función de educación superior, en ese año, fue de $120,148.2 mdp. Es decir, el déficit de las universidades representó tres veces más que el presupuesto total destinado a financiar la educación superior durante ese año, 1.7% del PIB en 2010 y 2% en 2014. El programa "Apoyos para Saneamiento Financiero y la Atención a Problemas Estructurales de las UPES (U081)" pertenece a la Función Educación en la Subfunción Educación Superior dentro del PEF. Sus recursos presupuestarios están etiquetados en el concepto 4300*, subsidios y subvenciones*, y no en los conceptos 4550 y 4700, que hacen referencia a *pensiones*. De acuerdo con los datos de la SHCP, entre 2007 y 2017 se aprobó un total de $2,550.5 mdp, a precios corrientes, para el programa U081; dicho monto, a precios de 2017, significó la cantidad de $25,936.1 mdp.[9]

Para el Presupuesto de Egresos de la Federación de 2018 se etiqueto 700 millones de pesos a la partida que se encarga de subsanar las pensiones de las UPES (U081), mientras que para el 2019 el presupuesto federal de educación superior, para la atención a los problemas estructurales de las universidades, particularmente en el tema relacionado con los sistemas de pensiones y jubilaciones, ya no contó con recursos por parte de la federación.[10]

En el caso de la Universidad de Guanajuato, ha obtenido recursos del programa de Apoyos para la Atención a Problemas Estructurales de las Universidades Públicas Estatales, los cuales se muestran en la siguiente en la tabla 2, para fortalecer el Fondo de Ayuda Sindical (FAS).

---

[9] García Miramón, F., *Pensiones en México: 100 años de desigualdad*. Mexico, CIEP, 2017.

[10] Mendoza Rojas, J., "Presupuesto federal de educación superior en el primer año del gobierno de Andrés Manuel López Obrador: Negociaciones y retos", *Revista de la Educación Superior*, vol. 48, núm. 191, 2019, pp. 51-82.

Tabla 2. Recursos para apoyo del Fondo Auxiliar Solidario de Pensiones

Año	Recursos obtenidos
2002	$ 43,850,000.00
2003	$ 4,950,000.00
2004	$ 5,932,329.50
2005	$ 7,871,000.00
2006	$ 5,220,000.00
2007	$ 29,831,000.00
2008	$ 12,539,000.00
2009	$ 12,493,000.00
2010	$ 10,873,000.00
2011	$ 9,778,000.00
2012	$ 8,333,000.00
2013	$ 11,132,000.00
2014	$ 9,113,354.00
2015	$ 8,840,820.00
2016	$ 9,839,553.00
2017	$ 8,174,366.00
2018	$ 16,032,694.00

Fuente: Universidad de Guanajuato, 2021.

El sistema de pensiones de la Universidad de Guanajuato

En la década de los años setenta ingresaron a las universidades públicas en el país una gran cantidad de trabajadores muy jóvenes que ahora ven cerca la fecha de su jubilación a edades tempranas, de acuerdo con el crecimiento en la expectativa de vida de las personas.

En la Universidad de Guanajuato existen dos sindicatos: el de trabajadores administrativos y el de académicos; el primero está representado por la ASTAUG

(Asociación Sindical de Trabajadores Administrativos de la Universidad de Guanajuato) y el académico por la ASPAAUG. Cada una de estas asociaciones sindicales tiene su gremio y titularidad de su respectivo contrato colectivo de trabajo.

Cuando un trabajador de la institución adquiere el derecho a jubilarse, debe iniciar un trámite ante el Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato (ISSEG). Este Instituto es la instancia que dictamina la existencia de una pensión a favor de un trabajador y en consecuencia la otorga. La Universidad de Guanajuato (UG) se encuentra dentro del grupo de instituciones educativas que tienen pactado con sus asociaciones sindicales el pago de un complemento de pensión. Esto implica que es hasta el momento en que el ISSEG dictamina la pensión al trabajador que surge para la UG la obligación de pagar el complemento, de conformidad con los contratos colectivos que se tienen firmados con las dos asociaciones sindicales con las que se cuenta. Como se observa en la tabla 3, el número de trabajadores en activo dentro de la UG, así como la sumatoria de trabajadores que han acumulado los años de servicio y edad, únicamente dentro de la UG, especificados en las Leyes del ISSEG vigentes, para cada año.

Tabla 3. Características de los trabajadores activos de la UG con derecho adquiridos para jubilarse

Año	Personal activo	Número de personas con derecho a jubilarse	Número de personas que han accedido a jubilarse (pensión por vejez y por retiro)	Monto erogado por liquidación por separación (prima de separación por jubilación)
2005	4,145	83	43	$7,089,322.08
2006	4,154	98	54	$7,967,935.26
2007	4,313	114	89	$9,962,056.53
2008	4,629	118	72	$9,802,481.51
2009	4,628	262	83	$11,419,867.67
2010	4,751	335	76	$7,589,123.13

Año	Personal activo	Número de personas con derecho a jubilarse	Número de personas que han accedido a jubilarse (pensión por vejez y por retiro)	Monto erogado por liquidación por separación (prima de separación por jubilación)
2011	4,882	347	116	$17,981,920.09
2012	4,697	369	108	$18,705,298.83
2013	4,472	363	149	$25,714,116.13
2014	4,385	224	252	$34,635,989.88
2015	4,452	333	247	$34,563,822.36
2016	4,486	306	243	$48,934,491.57
2017	4,532	281	399	$31,369,792.34
2018	4,459	287	208	$20,589,201.30
2019	4,454	282	395	$26,666,466.58
2020	4,420	324	207	$19,428,423.22
1 de enero al 15 de abril 2021	4,404	290	66	$7,437,750.22

La ASPAAUG tiene una base gremial de 2,300 afiliados (hasta el 2021), con lo cual tiene la titularidad del CCT 2016-2018. En éste, la Universidad de Guanajuato, como se señala en el capítulo de Seguridad Social y Servicios Médicos, en sus cláusulas 29 y 30:

> *Pensión por seguro de retiro y vejez (cláusula 29 del CCT)*: a los trabajadores que se pensionen por seguro de retiro, la Universidad se obliga a cubrirles la diferencia entre la cantidad que, por seguro de retiro, les fije el Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato (ISSEG) y el salario más prestaciones devengados en el momento de pensionarse por seguro de retiro, o el del puesto o categoría más alto ocupado en los 3 (tres) últimos años, según convenga al trabajador. Al pensionarse por seguro de vejez, la Universidad cubrirá esta diferencia en el porcentaje que la Ley del ISSEG,

señale para tales casos. En ambos casos, esas diferencias se cubrirán con las bases ya señaladas, cada vez que aumenten salarios y prestaciones a los trabajadores en activo.

Estas prestaciones se otorgarán, también, a los trabajadores que en la actualidad disfruten de pensión por seguro de retiro o de vejez, obligándose la Universidad a nivelarles su percepción con el salario más prestaciones actuales que correspondan al puesto, categoría que tenía al momento de pensionarse por seguro de retiro o de vejez, o alguno similar o equivalente, si el que tenía ya no existe. Cuando existan trabajadores que hayan prestado servicios en la Universidad de Guanajuato y en algunas dependencias del Gobierno del Estado, la Universidad pagará por este concepto exclusivamente el porcentaje que, de conformidad con la tabla de la Ley de Seguridad Social para los Trabajadores del Estado de Guanajuato, le corresponda por los años de servicio laborados únicamente para la institución, independientemente del dictamen que el Instituto emita.

Pensión por fallecimiento (cláusula 30 del CCT): la Universidad de Guanajuato se obliga a pagar a los familiares o dependientes económicos del trabajador que fallezca la diferencia entre la cantidad que por concepto de pensión por muerte les fije el Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato (ISSEG), y el 80% del salario más prestaciones asignado al puesto desempeñado por el trabajador en el momento de su fallecimiento, y a que se les cubra la diferencia, calculada sobre las mismas bases, cada vez que aumenten salarios y prestaciones a los trabajadores en activo. Esta prestación será extensiva a las viudas, viudos o dependientes económicos de los jubilados o pensionados. El trámite para el pago de esta prestación se realizará ante la Dirección de Recursos Humanos de la Universidad, previa exhibición del documento que contenga la determinación por parte del ISSEG, de la persona o personas con derechos a la pensión y el monto de ésta.[11]

[11] Asociación Sindical de Personal Académico y Administrativo de la Universidad de Guanajuato (ASPAAUG), *Contracto Colectivo de Trabajo 2016-2018*. México, ASPAAUG, 15 de marzo de 2016. Recuperado de http://www.aspaaug2015.com/pdfs/contratocolectivo.pdf.

Mecanismos y viabilidad para otorgar pensiones del isseg al personal de la ug

El isseg es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios que tiene a su cargo la administración de los seguros y prestaciones que su Ley expresa. El fondo de pensiones está integrado por las cuotas de los trabajadores y aportaciones de los sujetos obligados (patrones), así como por los rendimientos generados de las inversiones financieras, préstamos e inversiones comerciales e inmobiliarias del isseg.[12]

Las pensiones del estado de Guanajuato están garantizadas hasta el 2081, debido a que se ha puesto énfasis en la normatividad, rentabilidad y fortalecimiento institucional. El isseg ha reformado en varias ocasiones la ley sobre pensiones. Por ejemplo, en 2002 se incrementó la cuota de aportación de 18% a 27% y se estableció una edad mínima de jubilación de 65 años. Asimismo, se estableció que cada cuatro años se realizarían revisiones a la ley por parte del Congreso local. En 2008, la suficiencia de pensiones se planeó al 2067 y se decidió aumentar la cuota de aportación de 27% a 35%. Nuevamente en el 2013 subió la cuota de aportación de 35% a 40%, y se acordó que habría un incremento anual y la jubilación sería con el salario de los últimos cinco años. El patrimonio del isseg pasó de 13,596 millones de pesos en el 2012 a 23,008 millones en el 2018, un crecimiento de 69%.[13]

El isseg, en la Ley anterior a octubre del 2002, regulaba la pensión de retiro por edad y tiempo de servicios: tendrán derecho a una pensión por vejez aquellos trabajadores que hubiesen cumplido 55 años y tuviesen 15 años de servicios como mínimo e igual tiempo de cotización al instituto. El monto de la pensión de retiro por edad y tiempo de servicios se determinará de acuerdo con los porcentajes y edades siguientes:

---

[12] Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato, 2021.

[13] Flores, L., "Aumento de pensionados, foco rojo en Guanajuato", *El Economista*, Monterrey, N. L., 11 de agosto de 2019.

Tabla 4. Edad, tiempo de servicio y porcentajes de pensión de acuerdo con la Ley de isseg

Ley isseg antes de 2002		Ley isseg después de 2002	
Años de servicio	Porcentaje de pensión otorgada por el instituto	Inscripción al instituto	Edad para pensionarse o jubilarse
15 años de servicio	50%	Hasta el 31 de julio del 2003	60 años
16 años de servicio	52. 5%	Hasta el 31 de julio del 2005	61 años
17 años de servicio	55%	Hasta el 31 de julio del 2007	62 años
18 años de servicio	57.5%	Hasta el 31 de julio del 2009	63 años
19 años de servicio	60%	Hasta el 31 de julio del 2011	64 años
20 años de servicio	62.5%	Hasta el 31 de julio del 2013 y en adelante	65 años
21 años de servicio	65%		
22 años de servicio	67.5%		
23 años de servicio	70%		
24 años de servicio	72.5%		
25 años de servicio	75%		
26 años de servicio	80%		
27 años de servicio	85%		
28 años de servicio	90%		
29 años de servicio	95%		
30 años de servicio	100%		

Fuente: Elaboración propia con datos de Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato, 2021

Actualmente, en el capítulo sexto, del seguro de jubilación, Artículo 45 de la Ley del isseg, se establece que los asegurados que tengan por lo menos 60 años de edad y hayan cotizado un mínimo de treinta años, si son varones, o veintiocho si son mujeres, tendrán derecho a la pensión por jubilación, equivalente al cien por ciento del promedio del salario base de cotización percibido en los cinco

años inmediatos anteriores a la fecha de la baja, actualizados a valor presente conforme al incremento anual del salario base de cotización en los cinco años inmediatos anteriores.[14]

Todos los trabajadores universitarios aportan el 16.5% de su sueldo nominal al isseg, el cual paga la pensión hasta un máximo de diez salarios mínimos; sin embargo, las prestaciones o el sueldo que sobrepase este monto (lo que conocemos como complemento de pensión) es pagado por la Universidad de Guanajuato. El complemento de pensión de la ug es el origen de la crisis financiera, ya que no existe en el cct ningún mecanismo para financiar este complemento.

Experiencia y participación de la aspaaug en la creación del fasapcpug

El caso de la Universidad de Guanajuato, donde los focos rojos estaban encendidos en torno al endeudamiento por los sistemas de pensiones y jubilaciones de acuerdo con los datos del Centro de Investigación Económica y Presupuestal (ciep), esta institución era inviable financieramente desde 2013, situación que compartía durante el 2017 con la Universidad Autónoma de Zacatecas y la Universidad Autónoma de Guerrero.[15]

Por ello, a medida que transcurriera el tiempo y no se tomasen medidas, todo iría agudizando el problema estructural de las universidades públicas del país. Algunas de las propuestas que se analizaron fueron aumentar el número de años de servicio profesional, o bien, aumentar el salario regulador y las aportaciones de los trabajadores universitarios.

---

[14] Ley de Seguridad Social del Estado de Guanajuato, H. Congreso del Estado de Guanajuato. Instituto de Investigaciones Legislativa, 7 de julio de 2016.

[15] Redacción, "Quiebran pensiones a 14 universidades". *Periódico AM*, Guanajuato, 22 de junio de 2017.

Fue así como, en diciembre del 2016, la Universidad de la Guanajuato hizo una propuesta a los sindicatos ASPAAUG y ASTAUG para reformar el sistema de pensiones de la institucion, la cual consistia en que las generaciones en activo, es decir, quienes aún no estamos en posibilidad de jubilarnos, aportásemos el 0.5% del salario integrado hasta llegar al 6.5% del salario integrado, en 2029.

Debido a lo anterior, el 6 de diciembre de 2017, después de un análisis e intervención de la ASPAAUG, se implementó la reforma del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago de Complemento de Pensiones de los Trabajadores de la Universidad de Guanajuato (FASAPCPUG), que modifica las condiciones, montos y requisitos de las pensiones. Pero al mismo tiempo se solucionará el problema de la seguridad social, que garantiza tanto los derechos de los trabajadores como la viabilidad del Fondo, al igual que la preservación de la fuente de trabajo e incluso el equilibrio de las finanzas universitarias, que incidirían en el desarrollo de las funciones sustantivas.

Por lo anteriormente expuesto era necesario llevar a cabo una reforma preventiva que detuviera el aumento del uso del gasto corriente en el pago del complemento de pensiones.

La metodología empleada por la ASPAAUG fue iniciar la admisión de modificar las características y montos otorgados para las pensiones al margen del *Contrato colectivo de trabajo*. Para ello se desarrolló la siguiente metodología.

- Informar a toda la comunidad académica de la situación financiera de la UG en esta materia, así como concientizar a la población sobre las implicaciones o consecuencia de no actuar a tiempo en la realización de la reforma al sistema de pensiones.
- Realizar foros con expertos sobre la materia, así como escuchar experiencias de éxito como la de la Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Desarrollar mesas de trabajo donde fueron escuchados y analizados los planteamientos que propuso el gremio académico para enfrentar dicho reto. [los puntos anteriores 2 y 3 se encuentran documentados en el canal oficial de YouTube de la ASPAAUG, https://www.youtube.com/channel/UC8A0t-XAWKJA6CUtX9Qpg5Q/videos].

- Conformar la propuesta de reforma para el tema de pensiones se realizaron evaluaciones actuariales y jurídicas, que permitirían darle validez económica y no afectación de los derechos adquiridos, así como evitar retroactividad o disminución de los derechos ganados a través del CCT. Dicha propuesta se sometió a votación dentro del gremio ASPAAUG para su aceptación o no.

En la tabla 5, con fundamento en el *Contrato colectivo de trabajo* establece de manera clara que la diferencia económica que no cubra el ISSEG la pagará la Universidad de Guanajuato. Esto es lo que nombramos *complemento de pensión* y lo que ha causado un déficit económico en la institución, ya que no existe ningún fondo creado para cubrir este complemento a cada trabajador.

Tabla 5. Ejemplo de aportación del sueldo base quincenal con fundamento a la Ley de ISSEG y CCT, además del monto a financiar por parte de la UG para el pago del complemento de pensión

Ley ISSEG aplicable de acuerdo con el año de ingreso a la UG	Salario base	Pensión otorgada por el ISSEG	Complemento de pensión otorgado por la UG	Pago total al momento de jubilarse
La generación que ingreso a la UG antes de la reforma del ISSEG de 2002 aporta a éste el 16.5% del 70% de su salario base.	$10,000.00	$7,000.00	$11,745.00	$18,745.00
La generación que ingresó a la UG después de la reforma del ISSEG de 2002 aporta a éste el 16.5% del 100% de su salario base.		$10,000.00	$8,745.00	$18,745.00

Fuente: ASPAAUG, Contracto Colectivo de Trabajo 2016-2018.

Debido a lo anterior, como lo establece los Estatutos Sindicales de la ASPAAUG, se realizó un proceso democrático en el cual el gremio votó por delegaciones sindicales si aceptaba o no la creación del FASAPCPUG, el 5 de diciembre del 2017. Durante la Asamblea General Extraordinaria de la ASPAAUG se realizó el escrutinio de las actas delegacionales, obteniendo el 83.08% de votos a favor de aprobar la creación y entrada en vigor del FASAPCPUG.

En virtud de lo anterior se firmó un convenio entre ASPAAUG, ASTAUUG y Universidad de Guanajuato para la creación del FASAPCPUG. Este convenio se firmó el 6 de diciembre del 2017 y fue depositado en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje para Asuntos Universitarios del Estado de Guanajuato (JULCA), donde se modificaron las condiciones, montos y requisitos de las pensiones.

En este convenio se pactó que todo trabajador universitario otorga el 8% sobre las prestaciones, excluyendo el aguinaldo y la prima vacacional, como se muestra en la tabla 6.

Tabla 6. Prestaciones consideras para los trabajadores universitarios[16]

Prestaciones consideradas para los trabajadores de la ASPAAUG	Prestaciones consideradas para los trabajadores de la ASTAUG
Prima de antigüedad; Prestación adicional; Superación y Desarrollo académico; Despensa y Ayuda para publicaciones.	Prima de antigüedad; Prestación adicional; Despensa; Apoyo familiar; Enseres y Ajuste de calendario.

Fuente: Universidad de Guanajuato, "Reglamento del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago del Complemento de Pensión", 2018.

[16] Universidad de Guanajuato, 2018

Lo mismo se aplica a los recursos acumulados en el fideicomiso ya establecido por la Universidad, para captar los apoyos que la federación le ha otorgado para fortalecer las reformas estructurales en el tema pensionario, además de los saldos de los préstamos que se otorguen y los intereses que estos generen, derivado de los montos que se dispongan del mismo Fondo para el otorgamiento de esa prestación.[17]

Otro de los ajustes financieros que se acuerdan en el convenio del FASAPCPUG es que el personal directivo de la UG obtendrá el complemento de pensión con un salario regulador de cinco años y 93.5% como máximo del complemento de pensión, y este monto nunca incluirá la gratificación que se recibe en estos puestos. Con esta acción se evitará que se pensionen directivos con altos sueldos por su gratificación como tales. La forma de capitalizar el fondo de pensiones, así como su uso en el pago de complemento estará sujetos al siguiente mecanismo.

Para el pago del complemento de pensión:

Año	De los 8 puntos porcentuales
2018	2
2019	4
2020	6
2021 y en adelante	8

Fuente: Universidad de Guanajuato, "Reglamento del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago del Complemento de Pensión", 2018.

[17] Universidad de Guanajuato, "Reglamento del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago del Complemento de Pensión", *Gaceta Universitaria*, 13 de julio de 2018.

Para la creación del FASAPCPUG, de la siguiente manera:

Año	De los 8 puntos porcentuales
2018	6
2019	4
2020	2
2021 en adelante	0

Fuente: Universidad de Guanajuato, "Reglamento del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago del Complemento de Pensión", 2018.

Lo acumulado en el Fondo Auxiliar, en términos del inciso *b)*, no se podrá utilizar para el pago de jubilaciones y pensiones complementarias, sino hasta el 2022. A partir de ese año, sólo se podrá tomar el equivalente a un porcentaje de las prestaciones, de acuerdo con la siguiente tabla:

Año	Porcentaje de aplicación sobre las prestaciones
2022	2
2023	4
2024	6
2025	8
2026	10
2027	12
2028 en adelante	14

Fuente: Universidad de Guanajuato, "Reglamento del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago del Complemento de Pensión", 2018.

El convenio reconoce tres generaciones o cohortes para aplicación de esta reforma, con características para cada una de ellas y respeto a la aplicación del complemento de pensiones, el cual se señala en tabla 7.

Tabla 7. Grupos de generaciones en las que se clasifica el fondo auxiliar solidario para el apoyo al pago de complemento de pensiones UG

Grupo de generación	Condiciones
Jubilados y quienes ya tienen el derecho a jubilarse, estén o no en el plan de permanencia (consiste en el otorgamiento de beneficios que mejoran las condiciones económicas del trabajador con derecho a una jubilación y no la ejerce).	No se afectará su salario nominal. Se conservarán sus condiciones, como lo establece el CCT vigente en el momento de contratación del personal. Pensión dinámica: se actualiza con base en el incremento salarial. Quienes ya tienen derecho se jubilan con el salario más alto de los últimos 3 años.
Generación actual que aún no tiene derecho a jubilarse.	Aportación de monto equivalente al 8% solamente de sus prestaciones. Promedio salarial de los últimos 3 años de servicio, manteniendo el 100% del salario integrado al momento de su jubilación. Pensión dinámica, es decir, se actualiza conforme al incremento salarial. Se reduce la antigüedad para acceder a pensión por fallecimiento de 15 a 5 años en beneficio de la familia de la trabajadora o trabajador. Tope en el monto de la pensión equivalente al salario de un Profesor de Tiempo Completo, titular C.

Grupo de generación	Condiciones
Generación futura a partir de la reforma.	Aportación de monto equivalente al 8% solamente de sus prestaciones. Promedio salarial de los últimos 5 años de servicio, manteniendo el 93.5% del salario integrado al momento de su jubilación. Actualización de pensión con base en el INPC. Se reduce la antigüedad para acceder a pensión por fallecimiento de 15 a 5 años en beneficio de la familia de la trabajadora o trabajador. Tope en el monto de la pensión equivalente al salario de un Profesor de Tiempo Completo, titular C.

Fuente: ASPAAUG, Contracto Colectivo de Trabajo 2016-2018.

Conclusión

Los trabajadores de la UG tienen garantizada su pensión (sueldo base) con el Instituto de Seguridad Social del estado de Guanajuato (ISSEG), sin embargo no sucede lo mismo con el complemento de jubilación. Éste se refiere al pago de prestaciones, el cual tiene complicaciones financieras, pues es de tipo no contributivo y se recibe pensión durante más de treinta años, lo cual evidencia un problema de desequilibrio entre los ingresos y los egresos de su sistema de pensiones. Para gozar de ese beneficio sin afectar las finanzas de la institución, el trabajador tendría que haber aportado durante su vida laboral. De otra forma, la institución no contará con recursos suficientes para pagar tal beneficio. Por esta razón se consideró necesario implementar el FASAPCPUG (el pago de todas las prestaciones al momento de jubilarse).

Desde el 2018 hasta el día de hoy, el Fondo Auxiliar Solidario (FAS) se capitaliza de las aportaciones de cada trabajador de la UG, que destina el 8% de sus prestaciones para el FAS. Este fondo es administrado por un Comité Técnico de

la UG, el cual busca rendimientos por medio de instituciones financieras que no impliquen riesgos para el FAS, así como se han proporcionado préstamos a los trabajadores de la institución con bajos intereses, con el fin de seguir acumulando recursos económicos para el FAS. En la siguiente tabla 8 se observa el número de préstamos otorgados por año y los intereses obtenidos.

Tabla 8. Capitalización y rendimientos del FAS obtenidos por medio de las aportaciones y préstamos de los trabajadores de la UG

Año	Semestre	Aportaciones del 8% de las prestaciones de los trabajadores universitarios para el FAS	Número de créditos otorgados del FAS	Importe de capital otorgado para préstamos a trabajadores de la UG del FAS	Monto de interés cobrado por préstamos de FAS
2018	Primer	$6,231,649.47	0	0	$0
2018	Segundo	$10,846,175.60	96	$3,719,834.24	$138,832.59
2019	Primer	$11,371,407.00	371	$4,892,863.00	$473,312.49
2019	Segundo	$11,358,266.70	322	$13,395,861.04	$963,560.59
2020	Primer	$11,876,422.5	197	$7,591,700.00	$1,149,513.76
2020	Segundo	$12,108,462.80	211	$9,289,458.42	$1,212,009.25
1 de enero al 15 de abril del 2021	Primer	$7,366,631.58	97	$4,723,684.01	$665,647.67

Fuente: Universidad de Guanajuato, 2021.

Algunas universidades públicas de México han realizado adecuaciones a sus sistemas de pensiones. Éste es el caso de la Universidad Autónoma de Aguascalientes (UAA), donde su fondo de Pensiones y Jubilaciones tiene suficiencia financiera para los próximos veinte años, por lo que están garantizadas las prerrogativas laborales. La viabilidad del fondo permite a la institución contar con tiempo suficiente para buscar los mecanismos que ayuden a fortalecerlo y, de ese modo,

evitar un déficit a partir de 2037. El trabajador aporta el 10% de su salario base al fondo de pensiones y jubilaciones.[18]

Por otra parte, la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT) subraya que, con la implementación de un nuevo régimen de pensiones y jubilaciones, ha dado garantías a sus académicos y administrativos. Por ello debe ser prioridad en las universidades públicas proponer reformas estructurales que permitan hacer frente a los pasivos en pensiones y jubilaciones.[19]

Es así como la implementación de esta reforma en la Universidad de Guanajuato permitirá realizar un reajuste en sus finanzas, lo que, en teoría, deberá permitir una mejor distribución de éstas para optimizar su sistema laboral y el medio educativo.

La ASPAAUG y la UG, de manera conjunta, participativa y democrática, instituyeron su fondo de pensiones y jubilaciones. En este proceso, el gremio ASPAAUG realizó un exhaustivo trabajo de análisis crítico para implementar la opción viable y que menos afectase al trabajador, pero que resolviera la problemática existente desde años atrás. De esta manera, dejó de estar en la lista de las universidades públicas con problemas para el pago de pensiones y jubilaciones, y lo logró sin comprometer la nómina del trabajador en activo. Esta experiencia muestra que es posible modificar esa proyección que ahora deja al menos a 14 de las 34 universidades públicas estatales sin fondos para pagar pensiones de sus extrabajadores.

Hasta este momento, las universidades estatales que no han reformado su sistema de pensiones y jubilaciones y que están en esta crisis financiera severa son las de Chiapas, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa, Tabasco y Zacatecas, y por carecer de reforma no tienen respuesta positiva de apoyo por parte de la federación. Si bien, la jubilación es considerada por algunas personas como una recompensa por brindar tantos años de su vida al trabajo, para

---

[18] Henández, C., "El Fondo de Pensiones y Jubilaciones de la UAA no peligrará en los próximos 20 años". *Página 24*. Aguascalientes, Ags., 28 de junio de 2017.

[19] Oliva Zárate, M., "Una reflexión acerca de la jubilación de los académicos en las universidades públicas estatales de México", *Ciencia Administrativa 2012-1*.

otras significa la pérdida del rol funcional y la incertidumbre de no saber en qué ocupar el tiempo, causando conflictos emocionales.

Es importante que cada universidad pública realice un diagnóstico situacional de su sistema de pensiones y analice estrategia de manera conjunta con los sindicatos para buscar soluciones financieras que permitan la estabilidad laboral y el respeto de los contratos colectivos de trabajo, privilegiando el diálogo y la negoción colectiva para beneficio de la institución y los trabajadores. Desde la perspectiva individual, lo relevante es garantizar el ingreso presente y futuro del trabajador, es decir, el consumo a lo largo del ciclo de vida y la función del seguro ante la pérdida de la capacidad de generar ingresos para el sostenimiento del hogar.

De aquí la importancia de desarrollar próximamente un proyecto de investigación que evalúe el impacto económico y financiero de la aplicación de esta reforma, con el objetivo de brindar certeza teórica y herramientas prácticas que permitan a esta institución y a otras de nivel superior prevenir o controlar crisis financieras por el tema de pensiones y jubilaciones de sus trabajadores universitarios. Así como también será importante evaluar después de un tiempo de funcionamiento del FAS, la apreciación del fondo de pensiones para corroborar si los académicos de esta institución siguen conformes con esta reforma al sistema de pensiones de la UG después de haberla aprobado con el 83.08% de votos a favor en el 2017.

Agradecimientos

Agradecemos al gremio ASPAAUG, delegados sindicales, al Comité Ejecutivo de la ASPAAUG 2015- 2023 y al personal administrativo, actuarial y jurídico de esta asociación sindical, por haber compartido y sumado sus conocimientos a lo largo de la preparación de la reforma de pensiones y jubilaciones de la Universidad de Guanajuato. De manera especial, a los maestros: María del Carmen Gabriela Ramírez Tavares, Ma. Guadalupe Cisneros Silva, Mónica Irasu Cardona Alvarado y F. Javier Martínez Bravo; así como a los académicos de la Universidad de Guanajuato que han contribuido a la redacción de este trabajo.

Referencias

Alonso Meseguer, J., & J. L. Conde Ruiz (2007). "Reforma de las pensiones: la experiencia internacional. Política económica en España". *Documentos de trabajo*, núm. 18, pp. 179-193.

Asociación Sindical de Personal Académico y Administrativo de la Universidad de Guanajuato (aspaaug) (17 de enero de 2018). *ASPAAUG*. Recuperado dehttp://www.aspaaug2015.com/index.php?seccion=actuarial#conGen1

---------- (15 de marzo de 2016). *Contracto Colectivo de Trabajo 2016 – 2018*. México: aspaaug. Recuperado de http://www.aspaaug2015.com/pdfs/contratocolectivo.pdf.

Bensusán, G., & Í. Ahumada Lobo (2006). "Sistemas de pensiones y Jubilaciones en las instituciones públicas de educación superior y composición por edad del personal académico". *Revista de Educación Superior*, 7-35. Recuperado de http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/604/60413801.pdf.

Bohórquez Arévalo, L. E. (2013). La organización empresarial como sistema adaptativo complejo. *Estudios Gerenciales*, vol. 29, núm. 127, pp. 258-265. Recuperado dehttps://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0123592313000168.

Castañeda Ortiz, E., & G. Jiménez Bustos (2019). "Los sistemas de pensiones entre los docentes universitarios". *Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, núm. 18, pp. 1-13.

Cathalifaud, M. A., & F. Osorio (1998). "Introducción a los conceptos básicos de la teoría general de sistemas". *Cinta de Moebio: Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, núm. 3, pp. 40-49.

Cruz López, Y., & L. A. Cruz (2008). La educación superior en México tendencias y desafíos. *Revista da Avaliação da Educação Superior (Campinas)*, vol. 13, núm. 2, pp. 293-311. Recuperado de https://dx.doi.org/10.1590/S1414-40772008000200004.

Farfán Mendoza, G. (2017). "México. La constitución de 1917 y las reformas a los sistemas de pensiones". *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 24, pp. 3-37.

Flores, L. (11 de agosto de 2019). "Aumento de pensionados, foco rojo en Guanajuato". *El Economista*, Monterrey, N. L. Recuperado de https://www.eleconomista.com.mx/estados/Aumento-de-pensionados-foco-rojo-en-Guanajuato-20190811-0093.html.

García Miramón, F. (2017). *Pensiones en México 100 años de desigualdad*. Mexico: ciep.

García Nieto, H. U., A. A. Pacheco Espejel, B. Ruiz Hernández, L. F. Sánchez López & L. D. Vargas Alencaster (2006). "Situación actual y perspectivas de los sistemas de pensiones y jubilaciones en México". En E. De la Garza y C. Salas (coords.), *La situación del trabajo en México, 2006*. (pp. 205-232). México: unam / Instituto de Estudios del Trabajo / Cnetro Americano para la Solidaridad Sindical Internacional / afl-cio / Plaza y Valdés.

Henández, C. (28 de junio de 2017). "El Fondo de Pensiones y Jubilaciones de la uaa no peligrará en los próximos 20 años". *Página 24*. Aguascalientes, Ags., p. 20.

Hernández, H. C. (2019). "Some Notes about Retirement Pension Systems of Social Security and the Experience of its Reform in Latin America". *Revista Economía y Desarrollo*, vol. 160, núm. 2, pp. 1-10.

Hori, G. (2000). "Breves notas sobre la seguridad social en México". *Revista Mexicana de la Seguridad Social en México*, núm.1, pp. 71-100.

Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato (isseg) (8 de enero de 2021). *Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato*. Recuperado de https://isseg.gob.mx/quienes-somos/.

Ley de Seguridad Social del Estado de Guanajuato (7 de julio de 2016). H. Congreso del Estado de Guanajuato. Instituto de Investigaciones Legislativa. Recuperado de http://imug.guanajuato.gob.mx/wp-content/uploads/2017/05/Ley-de-Seguridad-Social-del-Estado-de-Guanajuato.pdf.

López Suárez, A., & I. Morales Hernández (2005). "El sostenimiento de la educación en México". *Papeles de Población*, vol. 11, núm. 4, pp. 239-254. Recuperado de http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=11204410.

Márquez Jiménez, A. (2012). "El financiamiento de la educación en México: Problemas y alternativas". *Perfiles Educativos*, vol. 34, número especial, pp. 107-117. Recuperado dehttp://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982012000500010&lng=es&tlng=es.

Mendoza Rojas, J. (2019). "Presupuesto federal de educación superior en el primer año del gobierno de Andrés Manuel López Obrador: Negociaciones y retos". *Revista de la Educación Superior*, vol. 48, núm. 191, pp. 51-82.

Milenio (s/f). "Jubilaciones y pensiones: el lado frágil de la negociación presupuestal". *Campus Milenio Suplemento Universitario*.

Montoya Arce, B., Y. Roman Sánchez & S. Gaxiola Robles (2016). "Envejecimiento y vulnerabilidad social en el Estado de México, 2010". *Papeles de Población*, vol. 22, núm. 90, pp. 43-77.

Muñoz García, H. (2012). La educación y el futuro de México. En *Plan de diez años para desarrollar el sistema educativo nacional*. México: unam. Recuperado de http://www.planeducativonacional.unam.mx/PDF/CAP_02.pdf.

Oliva Zárate, M. (1 2013). Una reflexión acerca de la jubilación de los académicos en las universidades públicas estatales de México. *Ciencia Administrativa 2012-1*, pp. 102-106. Recuperado de https://www.uv.mx/iiesca/files/2013/04/12CA201201.pdf.

Pérez Mendoza, S. & C. Camacho Castro (2016). "Población de adultos mayores, desafío económico y social para el sistema de pensiones en México". En *Población y Desarrollo Sostenible. Políticas públicas y avances en la medición sociodemográfica* (92-116). Puebla: Asociación Latinoamericana de Población.

Ramírez, L., & B. Chande (2012). *Seguridad económica en la vejez. El reto del envejecimiento en México*. México: unam / Academia Mexicana de Medicina / Instituto Nacional de Geriatría.

Redacción (22 de junio de 2017). "Quiebran pensiones a 14 universidades". *Periódico AM*, Guanajuato. Recuperado de https://www.am.com.mx/noticias/Quiebran-pensiones-a-14-universidades-20170621-0005.html.

Reyes, C. (24 de agosto de 2017). "Jubilaciones y pensiones: el lado frágil de la negociación presupuestal". *Campus Milenio Suplemento Universitario*. Recuperado de http://campusmilenio.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=8063:jubilaciones-y-pensiones-el-lado-fragil-de-la-negociacion-presupuestal&Itemid=114.

Rodríguez Jiménez, J. R., L. E. Urquidi Treviño & G. Mendoza Grijalva (2009). "Edad, producción académica y jubilación en la universidad de sonora". *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vl. 14, núm. 41, pp. 593-617.

Rosas, T., & V. Alemán (6 de diciembre de 2018). "Sin recursos para apoyar a 10 universidades en crisis". *Excélsior*. Recuperado de https://www.excelsior.com.mx/nacional/sin-recursos-para-apoyar-a-10-universidades-en-crisis/1283248#view-2.

Santibáñez, L., & M. Campos (2011). *El gasto educativo en México: Consideraciones sobre su eficiencia*. México: México Evalúa. Centro de Análisis de Políticas Públicas–.

sep-anuies, XXIII (s/a). *Informe del programa de fomento a reformas estructurales en las universidades. XXIII Sesión Ordinaria del Consejo de Universidades Públicas e Instituciones Afines* (p. 3). Aguascalientes: sep-anuies.

Solís Soberón, Fernando (2001). "Los sistemas de pensiones en México: la agenda pendiente". *Gaceta de Economía*, pp. 187-293.

Soto Pérez, C. (2000). "Valuación actuarial estandarizada de las universidades e instituciones públicas de educación superior". Actuario.

Tovar Rivas, L. A. (2009). Evolución de la teoría de la organización. *Revista Universidad & Empresa*, vol. 17, pp. 11-32.

Universidad de Guanajuato (6 de diciembre de 2017). Sistema de pensión UG. Convenio para el financiamiento del complemento de pensión. Recuperado de http://www.ugto.mx/fortalecimientopensiones/images/pdf/convenio-plan-fortalecimiento.pdf.

Universidad de Guanajuato (13 de julio de 2018). "Reglamento del Fondo Auxiliar Solidario para el Apoyo al Pago del Complemento de Pensión". *Gaceta Universitaria*. Recuperado de http://www.ugto.mx/gacetauniversitaria/component/jdownloads/send/272-acuerdos-de-rectoria-general/59-reglamento-del-fondo-auxiliar-solidario-para-el-apoyo-al-pago-del-complemento-de-pension-de-la-universidad-de-guanajuato?option=com_jdownloads.

Universidad de Guanajuato (29 de abril de 2021). *UG. Transparencia*. Recuperado de https://www.transparencia.ugto.mx/.

Valuaciones Actuariales del Norte S. C. (16 de diciembre de 2016). *Universidad de Guanajuato*. Recuperado de http://www.ugto.mx/images/pdf/para-saber-mas-sobre-el-sistema-de-pensiones-universitario.pdf.

La subcontratación-*outsourcing* y el teletrabajo. Reformas recientes en México

José Cervantes Herrera [1]

Introducción

Agradezco la invitación de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato para participar en esta obra colectiva que compila diversos trabajos de investigación de distinguidos profesores y especialistas sobre el derecho del trabajo, con el objeto de reflexionar sobre la reforma constitucional y subsecuentes reformas legales en materia laboral que inciden tanto en el perfil de instituciones con antecedentes normativos en el derecho mexicano del trabajo (la subcontratación, *outsourcing*) y el teletrabajo (como novedad legislativa). En la presente investigación se abordan ambas instituciones con la intención de hacer un desglose de éstas y contrastarlas con las actuales tendencias del derecho del trabajo en el contexto de un mundo globalizado.

De manera particular, la subcontratación, también identificada como *outsourcing*, tercerización y externalización, es de especial interés por su incidencia en los

[1] Profesor adscrito al Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato. Titular de la Notaría Pública Núm. 2 en Villagrán, Gto.

nuevos modos de producción de bienes y servicios, así como en la competitividad y productividad inherentes y propias del mercado nacional e internacional.

El derecho del trabajo y las orientaciones actuales

Para poner en contexto la subcontratación y el teletrabajo, es pertinente hacer algunas consideraciones sobre la globalización, el derecho del trabajo, la relación y contrato de trabajo, así como un desglose de las actuales tendencias y orientaciones del derecho del trabajo en el mundo, de lo cual nuestro país no puede estar ajeno.

La globalización, como fenómeno de origen económico, por cuanto involucra cuestiones de libre mercado, tráfico de mercancías, la presencia y la consolidación de empresas trans y multinacionales mediante la flexibilización de las fronteras, la formalización de tratados internacionales o el surgimiento de bloques económicos e instancias supranacionales, ha devenido en una cuestión que presente en los sistemas jurídicos nacionales, en cuanto a la necesidad de atemperar y regular, a través de la legislación, los efectos de la globalización en los ámbitos públicos y privados.

Sin duda, las políticas públicas nacionales tienen un punto de quiebre ante la presencia multifactorial de la globalización que impacta las tradicionales perspectivas de los países; hoy en día, las políticas públicas no sólo se concentran en las cuestiones internas de los países, sino también en las cuestiones externas que conlleva la globalización.

En un Estado constitucional de derecho, en donde las políticas públicas se sustentan en un sistema jurídico y cuyo punto de partida es la constitución, es natural que la globalización, en el contexto interno nacional, tenga que implicar la revisión del sistema jurídico. Ello tanto para dotar a los gobiernos de mejores herramientas normativas, como para que las relaciones individuales y colectivas que surgen de la globalización tengan un marco referencial suficiente y puedan atender y resolver la abundante problemática que plantea la globalización. Cualquiera que sea la opinión que se tenga de la globalización, desde la perspectiva que se quiera analizar, la realidad es que no sólo permea en las actividades guber-

namentales, sino también, y cada vez con mayor intensidad, en la vida cotidiana de las personas.

La globalización constituye un reto de dimensiones mayores para el derecho constitucional y para el derecho ordinario. Es decir, los países tienen que construir un derecho constitucional para atender la vida nacional interna y la externa, propia de la intensa relación entre países, con el objeto de que las instituciones jurídicas tengan la característica de la adaptabilidad y de la flexibilidad, así como para que las relaciones nacionales e internacionales tengan un marco de respuesta a la convivencia entre países, entre gobiernos y entre personas físicas y jurídicas, pero también como un marco de regulación equitativa y protectora de los intereses nacionales.

La globalización, que se traduce en una intensa interacción tanto entre países como entre particulares, provoca un impacto cuya dimensión es difícil de estimar, lo que hace indispensable el diseño de fórmulas normativas en línea y acordes con los diversos y, a veces, complicados efectos de la globalización.

En los sistemas jurídicos nacionales existen áreas o territorios más sensibles a la globalización, como el derecho constitucional, el derecho ambiental, el derecho corporativo, el derecho mercantil, entre otros. Dentro de estos territorios sensibles destaca el derecho del trabajo, el cual debe atender la creciente intensidad de las relaciones obrero-patronales ante la presencia de empresas nacionales, transnacionales o multinacionales que cambian la dinámica de los procesos de producción.

Sin duda, la globalización ha cuestionado la realidad territorial de los estados para imponerse progresivamente con la desterritorialización que diluye fronteras. No obstante, *Ubi societas, ibi ius*, es decir, donde hay sociedad hay derecho.[2] La sociedad frente a la globalización tiene un escenario de incertidumbre sobre el tipo de derecho que tendrá. Sin duda, el derecho siempre va a la zaga de los fenómenos sociales y económicos. Por ello, al hilo de estas consideraciones, el derecho

[2] Grün, Ernesto, "La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1998-1999, pp. 11-17.

ha de sufrir sustanciales modificaciones para encarar la globalización, tratando de que su incidencia no impacte negativamente en el derecho nacional. Es importante considerar, dentro de las modificaciones, que la globalización, si se nos permite, camina en vías paralelas, esto es, la rápida transformación del derecho internacional y, en consecuencia, la necesaria adecuación del derecho nacional, por la evidente interrelación entre ellos.

Otra cuestión que se subraya es la vertiente de la globalización, que se traduce en procesos de integración multinacional,[3] que devienen en modelos que aceleran los procesos de creación de instituciones de muy diversa naturaleza. El derecho, como producto cultural, pretende ser un instrumento de ordenación social, en su acepción clásica, referido a una sociedad específica. Hoy en día, ante la globalización, enfrenta un reto enorme, debido a que hay una realidad externa que lo presiona, por lo que habría de considerar si el derecho nacional puede o debe insertarse en el contexto de un derecho que debe regular cuestiones o situaciones, cuyo origen es consecuencia de un mundo global.

La globalización[4] es producto de un largo proceso histórico, en particular del capitalismo y las transformaciones tecnológicas que ha experimentado el mundo en los últimos siglos, por lo que la globalización ha traído consecuencias en la forma del vida, pensamiento, producción y consumo. La globalización[5] integra mercados a velocidades avasalladoras, gracias al impacto de nuevas tecnologías de la información y telecomunicaciones, provocando la descentralización y fragmentación del poder. Con ello, cambia el perfil y naturaleza de los conflictos, que escapan a las formas y mecanismos procesales tradicionales del derecho positivo.

---

[3] Gracia, Martín Luis, *El derecho penal ante la globalización económica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

[4] Romero Gudiño, Alejandro. *Los derechos laborales en México frente a la globalización mundial*, Academia Mexicana de Derecho Internacional, 2000.

[5] Witker, Jorge, "Derecho económico y derecho del trabajo", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, 2008, pp. 275-289.

En la actualidad, identificamos dos conceptos, claramente identificados, con la ruta o tendencia del derecho del trabajo: la *desregulación* y la *flexibilización* que, en menor o mayor grado, pretenden incidir en el marco conceptual del *derecho del trabajo*. Desde finales del siglo pasado y en el actual, la *desregulación* se sustenta en el argumento de que el derecho del trabajo debe dejar de concebirse como un derecho tuitivo o proteccionista del trabajador con el ánimo de modificar su objeto, hacia un derecho regulador del trabajo y facilitador en el acuerdo de intereses, entre patrones y trabajadores, bajo la premisa de una relación jurídica en condiciones de equidad, igualdad, certeza y seguridad jurídica. Es de reconocerse que siempre el derecho del trabajo se ha identificado con la característica de derecho de tutela, sin embargo, los derechos sociales tienden a establecer diferenciación en la intensidad de la protección, otorgando un nivel de tutela diferenciado, estimando las necesidades, características e intereses de patrones y trabajadores.[6] El ordenamiento laboral de las sociedades desarrolladas se ha visto afectado desde hace décadas por un nuevo ámbito económico, producto de la aceleración de los procesos históricos en juego, desconocido por su intensidad en los sistemas de relaciones industriales. El nuevo escenario industrial no deja de ofrecer, así pues, un panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción, sobre las que descansa el sistema normativo laboral, cuyas expresiones son:

a) Los cambios advertidos en el propio proceso de producciones de bienes y servicios que ha puesto en el abandono el modelo fordista para explorar otros modelos de producción.
b) Los cambios experimentados por la actividad económica, como la globalización y consiguiente pérdida de los modelos puramente nacionales e instauración de nuevas formas de competitividad internacional.

---

[6] Monereo Pérez, Luis, *El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial, transformaciones del derecho en la mundialización*, España, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 224-225.

c) Los cambios encaminados a conseguir una mayor eficacia en la organización del trabajo, tales como la desconcentración económica o descentralización productiva, con el desplazamiento a otra empresas de funciones o actividades del ciclo productivo, como la externalización, tercerización u *outsourcing*, subcontratación, entre otros.
d) Los cambios producidos en la estructuras de composición de la clase trabajadora, como el creciente acceso de las mujeres al mundo laboral.

La globalización, por tanto, ha devenido en la necesidad de adaptación del ordenamiento laboral, para conformar una normativa que regule, con criterios de unidad, en temas de bienestar personal, familiar y social, como punto de partida para una relación jurídica, en donde la igualdad de oportunidades sea un hecho cierto y sustentable.[7] Las transformaciones económicas, inéditas, han repercutido en el derecho del trabajo, originando nuevos principios e instituciones de regulación que no existían, desarrollando otros que se encontraban en fase embrionaria y obligando, en fin, a reformar parcelas enteras de este sector del ordenamiento.[8] Sin duda, la globalización es una realidad social y económica que el derecho del trabajo no puede ignorar si se pretende que mantenga su papel de regulador, de orden y estabilidad social y jurídica. En este escenario, en donde la desregulación tiene un papel interesante, en el sentido de la retirada gradual de la regulación imperativa, con el propósito de ampliar el campo de la negociación individual y colectiva de los contratos de trabajo, para transitar a una especie de normatividad orientadora y de mayor espacio a la autonomía y voluntad de las partes, para conciliar intereses en los requerimientos específicos en las relaciones laborales, es decir, se supone un mayor activismo de las partes para construir o diseñar el derecho objetivo regulador del vínculo laboral, con una normativa idónea y eficaz. Éste es el reto del derecho del trabajo, a partir de los derechos constitucionales que inciden en las relaciones de trabajo.

---

[7] Palomeque López, Manuel, & Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 105.

[8] Martín Valverde, Antonio, *et al.*, *Derecho del trabajo*, España, Editorial Tecnos, 2001, p. 85.

Por su parte, la *flexibilización* se concibe como la adaptabilidad de los contenidos normativos, con el objeto de facilitar los acuerdos sobre las condiciones de trabajo, individuales o colectivas, en consideración a los intereses de patrones y trabajadores, para tener una normativa cuya característica de ductilidad permita adecuar la norma a los casos concretos y específicos de la relación o contrato de trabajo. La flexibilización supone un cambio en la construcción de las normas laborales, para que su continente sea lo suficientemente dúctil para dar oportunidad a las partes de la relación laboral, individual o colectiva, para construir el derecho objetivo que oriente el elemento normativo del vínculo laboral, en concordancia con la empatía de intereses de las partes, de tal manera que la norma sea el piso o punto de partida en la construcción de la relación laboral idónea para cada caso concreto.

El Estado debe tener el mayor cuidado en los procesos de desregulación y flexibilización para evitar que los acuerdos se traduzcan en dar prioridad a intereses económicos, políticos o empresariales, por lo que los principios constitucionales y legales en materia laboral deben ser el insumo básico, por cuanto que la desregulación y la flexibilización no pueden conculcar o abrogar derechos de carácter universal. En este tenor, habrá que reconocer que una característica poco explorada del derecho del trabajo, es la adaptabilidad.

La subcontratación u *outsourcing*

El contrato de trabajo o relación de trabajo es el punto de partida de un vínculo jurídico del que derivan los bloques de derecho y obligaciones de patrones y trabajadores, bien se trate de relaciones individuales y colectivas. La construcción del vínculo jurídico deviene de una necesaria expresión de voluntades, cuyo primer eslabón es la expresión autónoma de la voluntad para configurarlo; un segundo eslabón se configura con la negociación de su contenido, en donde, si bien la expresión de voluntad tiene fronteras, claramente marcadas por la constitución, los tratados o convenios internacionales y leyes reglamentarias, por su preminencia

sobre la voluntad de las partes, por lo que los principios constitucionales, internacionales y legales trazan el camino y los límites de la expresión de voluntad sobre el contenido del contrato; en consecuencia, los procesos de negociación tienen que equilibrar la voluntad autónoma de las partes del contrato con los imperativos constitucionales, internacionales y legales.

Así, el contrato de trabajo y su contenido encara principios indisponibles para las partes y espacios de oportunidad normativa para la expresión de voluntad de las mismas, bien para una mejora o para construir normas objetivas que colman los posibles vacíos de la norma imperativa. En este contexto, los principios constitucionales, internacionales y legales son el punto de partida para la negociación, por cuanto marcan lo indisponible para las partes y lo posible para ellas.

El vínculo jurídico laboral perfila claramente sus elementos o caracteres definitorios: la expresión autónoma y libre de la voluntad de las partes, para formalizar una relación jurídica, cuyo basamento lo constituyen las normas constitucionales, internacionales y legales que inciden en origen y contenido; la ajenidad, en tanto el trabajador se obliga de manera personal y voluntaria a prestar un trabajo o servicio por cuenta del patrón; la remuneración, como la obligación económica del patrón, que no sólo es el salario, sino todas las que deriven de la normativa constitucional y legal; la subordinación, en sus dos vertientes, la primera que deriva del propio contrato y de la legislación aplicable, en cuanto a la prestación del trabajo o servicio en los términos acordados, la segunda en el tenor de que las partes manifestaron su voluntad, en el sentido de que ese vínculo jurídico estaría sujeto al estatuto laboral, integrado por la norma constitucional, tratados internacionales y la normativa legal aplicable al objeto del contrato o relación de trabajo. En la actualidad, este concepto de subordinación debe ser objeto de revisión conceptual, para que, en mi opinión, deje de considerarse como dependencia económica del trabajador frente a su patrón o para proscribir las decisiones unilaterales patronales sobre él, la forma y manera como el trabajador debe prestar el servicio o trabajo. De otra forma, a pesar de la dureza de la normativa constitucional y legal, se deja al patrón un espacio de decisiones que pueden implicar agresión a los derechos fundamentales e incluso al propio contrato de trabajo. El trabajador

no depende del patrón, la subordinación debe ser contractual y normativa para ambas partes si pretendemos que el contrato de trabajo tenga empatía jurídica con la constitución y la ley, y se inserte en un contexto de igualdad y equidad.

Por otra parte, el contrato de trabajo no es ajeno a los actuales escenarios sociales, políticos y económicos, tanto nacionales e internacionales, que bien se comprenden en la globalización, cuya incidencia en los procesos productivos es innegable; a partir de ello, el derecho del trabajo se ha constituido en el nicho natural de nuevas instituciones, como el *outsourcing*, la tercerización, la externalización o la subcontratación y el teletrabajo, por mencionar algunos, por lo que es necesario analizarla de manera objetiva y como modalidad presente y, en ocasiones, necesaria en el aparato productivo.

Desde mediados del siglo xx, las empresas tienden a diversificar sus funciones, actividades y procesos, lo que ha derivado en una estructura más flexible, con el objeto de centralizar las actividades esenciales, propias, inherentes o clave para la empresa, así como para derivar las secundarias a prestadores externos, por lo que surge la cimiente de la subcontratación, tercerización, externalización u *outsourcing*, como se le conoce en los distintos sistemas normativos. Con la consolidación y fortalecimiento de la globalización se genera un rápido crecimiento de las actividades susceptibles atendidas por un tercero u *outsourcer*, entre otras, la limpieza, alimentación, seguridad, sistemas de producción, sistemas informáticos, diseño y desarrollo de productos, funciones de administración, financieras, fiscales, contables, lo que deviene en un escenario mayor de presencia de la subcontratación u *outsourcing*.

La subcontratación y el *outsourcing* tienen como punto de partida e identificatorio la construcción de un marco colaborativo estable, entre el beneficiario y el prestador del servicio, por lo que se empieza a construir conceptual y normativamente el perfil de la subcontratación y del *outsourcing*, como un convenio, acuerdo o contrato que tiene por objeto la contratación de determinadas actividades, generalmente no estratégicas o procesos de negocios necesarios para la producción de bienes y servicios, ya sea con empresas de alta capacidad o con personas físicas idóneas, para que se encarguen de dichas actividades o procesos,

para fortalecer la productividad y la competitividad, a partir de este concepto de origen la subcontratación y el *outsourcing* toma un camino gradual de agresividad empresarial, por cuanto su presencia está más allá de las actividades secundarias o no estratégicas. En línea con el concepto de origen, la subcontratación y el *outsourcing* tiene tres importantes características:

a) Deviene de una decisión estratégica vinculada con la productividad y la competitividad.
b) Identificación de actividades y procesos, susceptibles de ser externalizados.
c) Consideración de un proceso de negocios como fuente de ventaja competitiva.[9]

Lo anterior ha permitido identificar distintos tipos de subcontratación y *outsourcing*:

a) *On-site*, cuando la actividad se realiza dentro de la empresa que contrata el servicio o beneficiaria.
b) *Off-site*, cuando la actividad se realiza fuera de la empresa que contrata el servicio o en las instalaciones del prestador del servicio.
c) A su vez, el *off-site* tiene algunas variables: *On-shore*, cuando la empresa prestadora del servicio está dentro del país. *Near-shore*, cuando el prestador de servicios se encuentra en país vecino o colindante. *Off-shore*, cuando el prestador de servicios está ubicado en otro país, en donde la legislación es más flexible y permite mayor escenario de la subcontratación y del *outsourcing* o permite reducir costos.

El catálogo de tipos no se agota, en cuanto que la subcontratación y el *outsourcing*, como institución inherente o vinculada con la globalización, permea de

[9] Angues Rodríguez, Paula, *Análisis del outsourcing como estrategia de gestión empresarial*, España, Facultad de Economía y Empresa-Universidad da Coruña.

manera constante en el quehacer empresarial. La descentralización productiva constituye un fenómeno organizativo de naturaleza y alcances, puramente mercantiles, que se concreta en el establecimiento de una red, más o menos amplia, de relaciones de este tipo entre la empresa que ha decidido encomendar a terceros la realización de alguna o algunas actividades que forman parte de su objeto.[10] Asimismo, se trata de un fenómeno que tiene repercusiones en el sistema de normas del derecho del trabajo, por mencionar las relevantes:

a) Impone una masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiendo de forma directa y regular, por formas externas de vinculación con terceros, basadas por lo general en la coordinación de tareas o funciones, para la atención de la misma actividad productiva.
b) La descentralización productiva reduce la seguridad, estabilidad y garantías que la norma laboral han venido asignando a los trabajadores. Estas garantías se difuminan como resultado de la disgregación de la empresa en unidades formalmente independientes.[11]

Bajo esta perspectiva, habrá diferencia en las condiciones de trabajo, tanto en la empresa beneficiaria como en la empresa prestadora del servicio, precisamente por la autonomía de las relaciones de trabajo, entre una y otra cuestión jurídicamente explicable. Frente al derecho del trabajo, la empresa beneficiaria será el patrón de los trabajadores a su servicio y la empresa prestadora del servicio, como subcontratista u *outsourcer*, será el patrón de sus trabajadores; en consecuencia, la autonomía debe considerarse en dos aspectos: la autonomía de patrones y la autonomía de las condiciones de trabajo. Por tanto, subsisten dos escenarios laborales: el que corresponde a la empresa beneficiaria y el que corresponde a la empresa prestadora del servicio. Debido a ello, la autonomía jurídica implicará

---

[10] Sanguineti, Wilfredo, "Outsourcing", *El blog de Wilfredo Sanguineti. Un espacio compartido de reflexión laborista desde las dos orillas*.

[11] Sanguineti,Wilfredo, *op. cit.*

procesos de negociación laboral diferenciados, que se materializan en condiciones de trabajo distintas.

La cuestión anterior, en mi opinión, es natural, y con sustento normativo, en cuanto se trata de patrones y trabajadores en círculos normativos laborales autónomos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce que la subcontratación y el *outsourcing* han obtenido carta de residencia en prácticamente todos los países del mundo. Asimismo, el tema de las autonomías laborales, en un informe sobre trabajo en régimen de subcontratación, distingue:

a) Subcontratación de producción de bienes y/o prestación de servicios, mediante el cual una empresa confía a otra, suministro de bienes y prestación servicios y, esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.
b) Subcontratación de mano de obra, cuando el objetivo único y predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista u *outsourcer* a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere.[12]

Estas variables ponen en contexto el perfil actual de la subcontratación y el *outsourcing* en el mundo, consecuencia de un fenómeno multifactorial, como la crisis de los modelos de producción, competitividad, productividad, cambios en los procesos de producción, globalización, flexibilización de la normativa del trabajo, entre otros. Las razones de origen de la subcontratación u *outsourcing* son propias del quehacer empresarial, por tanto, las posibles consecuencias negativas de la subcontratación u *outsourcing* devienen esencialmente de conductas empresariales para eludir la normativa laboral, de seguridad social, fiscal o de

[12] Hermida Uriarte, Óscar, y Natalia Colotuzz, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, OIT, 2009, p. 14.

vivienda, por lo que la legislación debe actuar de manera preventiva y correctiva ante tales conductas; es importante precisar que el *outsourcing*, subcontratación o externalización no surge para eludir la normativa laboral. Por tanto, cada país, atendiendo a sus circunstancias nacionales y globales, deberá diseñar la legislación pertinente para regular el efecto de la subcontratación y el *outsourcing* en las relaciones laborales, considerando, en su caso, la norma constitucional y legal, así como los tratados y convenios internacionales, la situación y percepción de las organizaciones sindicales, tanto de trabajadores como de patrones con respecto de la subcontratación y *outsourcing*, indicadores de productividad y competitividad de las empresas, el grado de impacto de la globalización en el mercado nacional y en las relaciones laborales, entre otras, para garantizar los derechos laborales de trabajadores y patrones, así como normativas vinculadas en materia de seguridad social, vivienda y fiscal, principalmente. Lo anterior para que de conformidad con la Recomendación 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la normativa evite las relaciones de trabajo encubiertas, que resultan nocivas y agresivas a los derechos en materia del trabajo.

Es pertinente conocer la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la subcontratación, que si bien están referidas a la normativa anterior a la reforma del 2021, son perfectamente aplicables a la vigente.

> Subcontratación laboral, los artículos 15-a, 15-b, 15-c, 15-d de la ley federal del trabajo, que regulan ese régimen, no violan el principio de seguridad jurídica. […] el trabajador ubicado dentro de una relación de subcontratación no queda desprotegido respecto de su derecho a obtener un salario digno y a la seguridad social, ya que para proteger sus derechos el legislador en los artículos 15-B y 15-C invocados, estableció como condición para el usuario de los servicios contratados bajo este régimen, la verificación permanente de que la empresa contratista cumple con las disposiciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo.
>
> Tesis: 2ª, LXXXII/2015(10a), Gaceta del semanario Judicial de la Federación, Libro 21, agosto 2015, Tomo I, página 1203.

> SUBCONTRATACIÓN LABORAL. LOS ARTÍCULOS 15-A, 15-B, 15-C, 15-D DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, NO VIOLAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO. Los citados artículos que regulan el régimen de subcontratación laboral, no violan el derecho a la libertad de trabajo, sino que son acordes con el artículo 5º. de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, pues contiene una regulación para efectos de que tanto empresas contratistas como contratantes desarrollen su actividad productiva, sólo que al hacerlo y por la situación de vulnerabilidad en la que queda la clase trabajadora en una relación bajo el régimen de subcontratación, deberán cumplir con un número de condiciones que permiten que su actividad se realice con la debida protección de los derechos laborales de los trabajadores.
>
> Tesis: 2ª, LXXXIII/2015(10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 21, agosto 2015, Tomo I, página 1202.

En el caso de México, la reforma del 23 de abril del 2021, respecto a la subcontratación u *outsourcing*, tiene las siguientes expresiones normativas:

1) La Ley Federal del Trabajo.
2) La Ley del Seguro Social.
3) Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los trabajadores.
4) Código Fiscal de la Federación.
5) Ley del Impuesto sobre la Renta.
6) Ley del Impuesto al Valor Agregado.
7) Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional.
8) Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La referida normativa deviene del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de abril del 2021. En el presente trabajo abordaré las reformas a la Ley Federal del Trabajo y a la Ley del Seguro Social para mantenernos en el escenario objeto de éste, no obstante, la importancia de las reformas a otros cuerpos normativos.

Resulta necesario rescatar algunas consideraciones de las Comisiones Unidas del Trabajo y Previsión Social de la de Hacienda y Crédito Público, de la Cámara de Senadores de la República, en el Dictamen sometido al Pleno para su discusión y aprobación; se señala que el dictamen comprende el estudio de 26 iniciativas sobre la subcontratación, que en diferentes fechas fueron presentadas por diputados, grupos parlamentarios y el presidente de la República, tomando en consideración el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, los cambios en las empresas y el contexto económico que ha derivado en una multiplicidad de modalidades en la relación de trabajo, el régimen de contratación laboral que ha permitido el surgimiento de una modalidad dotada de naturaleza y características propias, como lo es la subcontratación, que la práctica de la subcontratación no ha estado exenta de prácticas abusivas o simuladas en perjuicio de los derechos de los trabajadores, el contexto fiscal de la subcontratación, que puede traducirse en defraudación fiscal, el resultado de las inspecciones realizadas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la afectación de la subcontratación en los derechos laborales, de seguridad social y de vivienda, así como la incidencia de la pandemia por el virus SARS-COV2, y el régimen de subcontratación incorporado a la Ley Federal del Trabajo el 30 de noviembre del 2012, con el objeto de tener una visión integral de la subcontratación. Asimismo, del referido dictamen se desprende total concordancia de las Comisiones Unidas a lo dictaminado y aprobado por la Cámara de Diputados.[13]

De la lectura del dictamen, la reforma sobre la subcontratación, pretende fortalecer el empleo, eliminar prácticas que dañan o afectan derechos laborales, de seguridad social y de vivienda, evitar la simulación laboral, acotar la subcontratación a servicios u obras especializados, evitar la defraudación fiscal, endurecer las sanciones por incumplimiento de la normativa vinculada con la subcontratación, así como mayor fiscalización e inspección a las empresas beneficiarias de la subcontratación y a las personas físicas y morales que presten servicios u obras especializadas.

[13] Micrositio de la Comisión del Trabajo y previsión Social, Cámara de Senadores.

a) El perfil normativo de la subcontratación en la Ley Federal del Trabajo

Con la reforma se prohíbe la subcontratación de personal, consistente en que una persona física o moral ponga a disposición del beneficiario trabajadores para que se encarguen de tareas vinculadas o no con el objeto central de la empresa. Esta enmienda, en mi opinión y considerando las razones de las Comisiones Dictaminadoras de la Cámara de Senadores, tiene como sustento el que esta modalidad de la subcontratación no lesione derechos laborales, de seguridad social y de vivienda, así como su incidencia en cuestiones de carácter fiscal.

Esta modalidad de la subcontratación, presente en países de la Unión Europea y en algunos de Latinoamérica, en donde se ejerce con normalidad, incluso reconocida por la OIT es, asimismo, la que incide con mayor grado en la posible afectación a los derechos laborales, de seguridad social y de vivienda; toda vez que si consideramos las autonomías laborales del subcontratista u *outsourcer* es fácil comprender el riesgo en algunos campos. Con motivo de las autonomías laborales, es muy probable que las condiciones de trabajo entre los trabajadores de la empresa beneficiaria y los de la empresa prestadora del servicio sean distintos, a pesar de que pudieran realizar un trabajo igual o similar, lo que deviene en posible precariedad e inequidad de derechos; asimismo, sobre todo para los trabajadores del subcontratista, el principio de estabilidad en el trabajo es susceptible de sufrir agresión, en cuanto que la permanencia laboral estará sujeta al requerimiento de servicios del subcontratista, que pueden tener carácter temporal; hay una natural pérdida del sentido de pertenencia y solidaridad laboral, particularmente de los trabajadores al servicio del subcontratista, por las estancias temporales en la empresa beneficiaria, por otra parte, el derecho de sindicación y consecuentemente el de negociación colectiva puede verse acotado e incluso sin posibilidad de su ejercicio. Éstos son los riesgos de la subcontratación de personal. Sin embargo, la postura del legislador bien pudo fincarse en el diseño de normas que atendieran los riesgos, fortaleciendo la empatía laboral entre los trabajadores de la empresa beneficiaria y los de la empresa prestadora del servicio, así como darle solidez a las facultades de inspección, vigilancia y fiscalización; la prohibición de esta modali-

dad de la subcontratación parece sostenerse, más en cuestiones de tipo político e ideológico, si bien la norma es un producto cultural, siempre resulta aconsejable, la mayor objetividad en su diseño, en línea con el derecho al trabajo y las nuevas orientaciones de la normativa laboral, si bien, de la mano con la globalización, también necesarias con los frecuentes cambios en los procesos de producción, propios de la productividad y la competitividad; esta modalidad de subcontratación u *outsourcing*, reconocida por la OIT, respecto de la cual recomienda que la normativa nacional inhiba o desaliente las relaciones laborales encubiertas en perjuicio de los trabajadores.

Lo rescatable de la prohibición de la subcontratación de personal es que, por razones obvias, desde el punto de vista jurídico, no aplica a los intermediarios, sean personas físicas o morales, por cuanto su razón de ser es coadyuvar en la contratación de trabajadores.

En otra parte de la reforma, se permite la subcontratación de servicios u obras especializados, que no formen parte del objeto social, ni de la actividad económica preponderante de la beneficiaria, siempre que el contratista esté registrado en el padrón público. Esta modalidad de la subcontratación u *outsourcing* podemos identificarla con el surgimiento de la institución, por cuanto permite a la empresa beneficiaria concentrar el esfuerzo empresarial en el núcleo de las actividades inherentes o propias de su giro o actividad central de los proceso de producción, de tal manera que lo que no es parte del núcleo empresarial tendrá carácter de periférico, por ende, susceptible de ser considerado como servicio u obra especializada, es decir, que puede encargarse a una persona física o moral que los realice o ejecute, elemento a considerar en el concepto de servicio u obra especializada. Es importante precisar que la Ley Federal del Trabajo no aporta elementos para determinar cuáles son los servicios u obras especializadas; en un primer acercamiento, serán aquellas que no formen parte del objeto social o de la actividad económica preponderante de la empresa, como lo señala la propia Ley, sin embargo, es una cuestión inacabada, que deviene en cierta vulnerabilidad jurídica, en cuanto el objeto social de la beneficiaria, cuando se trata de una persona moral o jurídica, es susceptible de modificarse y, en consecuencia, ampliar el escenario de la subcontratación.

La reforma, en congruencia con la postura del legislador, exige que la subcontratación de servicios u obras especializadas deberá formalizarse mediante contrato por escrito, donde se señale el objeto de los servicios a proporcionar, así como el número aproximado de trabajadores que participarán. Esta parte de la reforma abona a la vigilancia, inspección y fiscalización de la empresa beneficiaria y de la empresa prestadora del servicio, esencialmente para constatar, por parte de la autoridad, que la subcontratación se ciñe a los permitido, considerando que el servicio u obra contratado tiene el carácter de especializado, así como para tener la información de que el contratista está dentro del padrón público y que ha cumplido con los requisitos para adquirir esa condición; en cuanto a la exigencia de señalar el número aproximado de trabajadores que participaran, naturalmente por parte del contratista, en realidad no parece esencial en el contrato, por cuanto que dependiendo del tipo de servicio u obra a realizar es factible que se presenten entradas y salidas de trabajadores, además, por la autonomía laboral, el contratista tendrá probablemente, dentro de su plantilla laboral, tanto a trabajadores de planta, como trabajadores eventuales, con los que naturalmente tendrá un contrato o relación de trabajo, que permite la inspección laboral y el cumplimiento obligado de la normativa en materia de seguridad social, vivienda y fiscal, sobre todo por la exigencia de la legislación en cada una de las materias, que han homologado procesos de verificación e inspección, como los contratos por escrito, nómina, contabilidad, responsabilidad solidaria en materia de pago de cuotas e impuestos, por mencionar algunos.

La reforma ratifica, con carácter imperativo, sin considerar si el contratista cuenta o no con elementos propios, cuestión que por cierto se derogó, la responsabilidad solidaria en relación con los trabajadores utilizados por el contratista, por lo que se tiene una norma de trescientos sesenta grados para garantizar el cumplimiento, en todos sentidos, de los derechos laborales, de seguridad social, de vivienda, incluso, las obligaciones fiscales. La responsabilidad solidaria será, sin duda, una cuestión de análisis y reflexión, a partir de la autonomía de las relaciones de trabajo, tanto en el contexto de la empresa beneficiaria como en el de la empresa prestadora del servicio.

La enmienda a la Ley Federal del Trabajo establece que las personas físicas o morales que proporcionen servicios de subcontratación deberán obtener registro de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Para ello, deberán acreditar que están al corriente de sus obligaciones fiscales y de seguridad social, y el registro deberá renovarse cada tres años. Con fecha 24 de mayo del 2021, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo por el que se dan a conocer las disposiciones de carácter general para el registro de personas físicas y morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas, a que se refiere el artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo. En dicho acuerdo se establecen los requisitos y el procedimiento de registro. Ahora bien, es pertinente señalar que en los considerandos del referido acuerdo se amplía el concepto de *servicios especializados*, al decir que serán considerados los servicios u obras complementarias o compartidas prestadas entre empresas del mismo grupo empresarial.

Por otra parte, cabe destacar lo relativo al reparto de utilidades que también se comprende en el Decreto de reforma, al establecer que el monto de la participación de utilidades tendrá como límite máximo tres meses de salario o el promedio de la participación recibida en los últimos tres años, aplicándose el monto más favorable al trabajador, ratificándose el derecho constitucional al reparto a favor de los trabajadores de la persona física o moral que preste servicios de subcontratación. Sobre el reparto de utilidades, es conveniente precisar que se mantiene la base de cálculo, que es la renta gravable, conforme a la Ley del Impuesto sobre la Renta, contenida en la Declaración Anual que el patrón presenta ante el Servicio de Administración Tributaria, por lo que el reparto sigue condicionado a que haya utilidad, cuestión que aplica a todos los trabajadores, incluyendo a los comprendidos en la subcontratación u *outsourcing*. Por otra parte, en el régimen de subcontratación u *outsourcing*, la prestación de servicios u obras especializadas puede implicar la presencia de trabajadores eventuales, los cuales tendrán derecho al reparto de utilidades, siempre y cuando hayan laborado por lo menos sesenta días durante el año, por tanto, lo previsto en la fracción VIII del artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo, sobre límite y promedio del monto del reparto, ten-

dremos que sujetarlo a las bases normativas que actualizan el derecho para acceder a las utilidades; esta fracción y el párrafo introductorio del artículo mencionado, como se ha expresado, ratifican el derecho constitucional al reparto de utilidades, que en estricta aplicación de la Ley ya tenían los trabajadores bajo el régimen de la subcontratación u *outsourcing* antes de la reforma. Sobre la fracción mencionada, llama la atención el límite superior o máximo de tres meses de salario, lo que podría colisionar con lo previsto en la constitución, que no hace referencia a límite máximo, al monto por concepto de reparto de utilidades, debido a que el monto estará en relación directa con la renta gravable que, en algunos casos, podría implicar montos por encima de lo señalado en la referida fracción, en igual sentido lo previsto como promedio en los últimos tres años. Como las bases generales constitucionales y legales sobre el derecho al reparto de utilidades no fueron objeto de reforma, es de afirmarse que habrá reparto cuando haya utilidades, el monto del reparto estará en relación directa con la renta gravable, el reparto de utilidades se sustenta en el principio de universalidad, salvo las excepciones señaladas expresamente en la Ley, por tanto, aplica a todos los trabajadores, con independencia de la modalidad laboral, de planta o eventuales o bajo el régimen de subcontratación. Esta reforma sobre los montos por concepto de reparto de utilidades, en mi opinión, justifica revisar la resolución vigente de la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas.

Las sanciones, vinculadas a la subcontratación, incrementan su cuantía, cuya razón de ser es la de evitar violaciones al marco normativo de la subcontratación, tanto por la empresa beneficiaria como por la empresa prestadora del servicio; las multas van de 2,000 a 50,000 veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización, sin perjuicio de otras responsabilidades, a quien realice subcontratación de personal, que como lo hemos referido, está prohibido, así como a las personas físicas o morales que presten servicios de subcontratación, sin contar con el registro correspondiente. Igual sanción se aplicará a las personas físicas y morales que se beneficien de la subcontratación en contravención a la normativa vigente.

Una cuestión que llama la atención es la prevista en el artículo cuarto transitorio del Decreto de reforma, que señala lo siguiente: "Para fines de lo dispuesto

en el párrafo tercero del artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, tratándose de empresas que operan bajo un régimen de subcontratación, no será requisito la transmisión de los bienes objeto de la empresa o establecimiento durante el plazo de 90 días naturales contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, siempre que la persona contratista transfiera a la persona beneficiaria a los trabajadores en dicho plazo. En todo caso se deberán reconocer los derechos laborales, incluida su antigüedad, que se hubieran generado por el efecto de la relación de trabajo". La hipótesis del artículo está referido a la sustitución patronal, cuyo propósito es que la empresa beneficiaria de los servicios incorpore a los trabajadores de la empresa prestadora del servicio a su plantilla laboral, con el pleno reconocimiento de sus derechos laborales. Asimismo, este artículo tiene dos vertientes: naturalmente debe tratarse de la subcontratación de personal, ahora prohibida, en el ánimo de preservar la estabilidad en el trabajo, pero también debemos desprender que además de la disposición de la empresa beneficiaria y de la empresa prestadora del servicio, es indispensable la expresión de voluntad de los trabajadores para aceptar la transferencia y para ser partes en un contrato de trabajo distinto al que tenían con la empresa prestadora del servicio; en consecuencia, este transitorio debe considerarse como un facilitador normativo, que amerita un estudio cuidadoso, en razón de que podrá conculcar derechos de preferencia en la contratación, porque la materialización de la transferencia de trabajadores será un contrato de trabajo. En esta línea, también vale la pena analizar la transferencia de trabajadores en el contexto del derecho colectivo del trabajo, particularmente cuando en la empresa beneficiaria está vigente un contrato colectivo de trabajo que contiene la cláusula de admisión, lo que tendrá, seguramente, que negociarse con el sindicato titular o administrador del contrato colectivo o del contrato-ley. El referido artículo transitorio no puede imponer a los patrones de la empresa beneficiaria y de la empresa prestadora del servicio la necesaria transferencia de trabajadores, sin la manifestación de voluntad de éstos, así como en su caso de los acuerdos con el sindicato. La hipótesis del artículo transitorio en comento no aplica para las empresas y los trabajadores que prestan servicios u obras especializadas, cuyo contexto laboral es diferente y reconocido en la reforma laboral. En mi opi-

nión, el legislador debió establecer las bases de la transferencia de trabajadores, privilegiando la voluntad como elemento indispensable para la creación del vínculo laboral, así como la posible colisión con derechos individuales y colectivos o de carácter sindical; tal como está el artículo transitorio, la transferencia de trabajadores, parece ser un asunto entre la beneficiario y la prestadora del servicio, es decir, un asunto entre patrones, dejando de lado la expresión de voluntad de quienes son parte esencial en un vínculo laboral individual o colectivo, así como la participación del sindicato. Lo anterior también tendrá un reflejo en cuanto ampliar o crear puestos de trabajo, para dar cabida a los trabajadores transferidos, con la necesaria homologación de las condiciones de trabajo, individuales o colectivas, vigentes en la empresa receptora de trabajadores.

En otro contexto, la transferencia de trabajadores, en el ámbito administrativo laboral, implicará para los patrones las consecuentes modificaciones a las nóminas, listas de asistencia, puestos de trabajo, obligaciones ante el Seguro Social, en materia de vivienda y fiscales.

b) El perfil normativo de la subcontratación en la Ley del Seguro Social

El Decreto legislativo, relativo a la subcontratación-*outsourcing*, incide en la Ley del Seguro Social, particularmente con la adición del artículo 15-B, que incrementa las obligaciones del patrón en el carácter de subcontratista, porque además de las que tienen todos los sujetos obligados frente al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el referido artículo señala que la contratación de servicios o la ejecución de obras especializadas deberán cumplir con las condiciones y requisitos establecidos en la Ley Federal del Trabajo. Esta previsión amplía las facultades del Instituto, para verificar si se colma la hipótesis jurídica, por parte del sujeto obligado, tanto del beneficiario como del prestador del servicio, lo que, a su vez, implicará la exigencia de cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social.

El artículo 15-B también hace referencia a la responsabilidad solidaria del be-

neficiario de los servicios u obras especializadas, precisando el supuesto de dicha responsabilidad al expresar que cuando la persona física o moral, en su condición de subcontratista, que incumpla con las obligaciones en materia de seguridad social, el beneficiario de los servicios u obras especializadas será solidario responsable en relación con los trabajadores utilizados para ejecutar dichas contrataciones; la responsabilidad solidaria en el marco de la Ley del Seguro Social difiere un tanto de la contenida en la Ley Federal del Trabajo, en cuanto que en el terreno de la seguridad social la responsabilidad solidaria emerge cuando el subcontratista incumple con sus obligaciones, en el ámbito de la Ley Federal del Trabajo, la responsabilidad solidaria tiene un supuesto distinto.

Algunas modalidades en el cumplimiento de obligaciones para las personas físicas o morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas que, vale la pena destacar, son: la obligación de proporcionar de manera cuatrimestral, a más tardar el día 17 de los meses de enero, mayo y septiembre, la información de los contratos celebrados en el cuatrimestre, con información específica sobre las partes en el contrato, objeto, vigencia, relación de trabajadores, con nombre Cédula Única de Registro de Población (CURP), número de seguridad social, salario base de cotización, así como el Registro Federal de Contribuyentes (RFC) de los beneficiarios del servicio en cada contrato, así como copia del registro emitido por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Con el propósito de homologar las facultades de verificación e inspección, se establece que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) deberán celebrar convenios de colaboración para intercambio de información y la realización de verificación conjunta; estos convenios ratifican la postura del legislador sobre la estrecha vigilancia de las autoridades en materia de seguridad social y del trabajo, respecto de las personas físicas y morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas, es decir, se endurece el marco normativo en la subcontratación. Lo anterior se constata, específicamente, que ante el incumplimiento de la obligación de presentar en el plazo señalado en el artículo 15-B la información cuatrimestral, se impondrá una multa de 500 a 2,000 veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización.

El teletrabajo

El teletrabajo es una forma descentralizada de cumplimiento del objeto del contrato o de la relación de trabajo, particularmente en la manera como se presta el servicio o la actividad por parte del trabajador. Esta modalidad en la prestación del servicio surge a partir de la incorporación y vinculación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) a los procesos productivos en las empresas, que permiten que cierto tipo de actividades y servicios se presten en espacio físico distinto a la sede del centro de trabajo, ya sea en el domicilio del trabajador o en algún lugar diferente e, incluso, en espacios específicamente habilitados para ello, como centros satélites o centros comunitarios o públicos. El teletrabajo ha permitido transitar hacia un escenario de trabajos flexibles que, por consecuencia, escapan del modelo tradicional del contrato o relación de trabajo, incorporando nuevos abordajes a los elementos definitorios del mismo y, por supuesto, a los contenidos normativos. El teletrabajo, como lo define la OIT, es aquel que se efectúa con auxilio de medios de telecomunicación, es un trabajo efectuado en un lugar apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción. El trabajador no mantiene contacto personal con algunos de sus colegas, pero está en condiciones de comunicar con ellos, por medio de los servicios tecnológicos.[14] El teletrabajo, conforme a la legislación, específicamente la laboral, está adquiriendo perfiles propios, para insertarlo de manera eficiente a esta rama del derecho, para garantizar los derechos individuales y colectivos de quien realiza esta modalidad de trabajo, es por ello que el teletrabajo se estudia en dos vertientes principales: como una modalidad de contrato o relación de trabajo y el rediseño del contenido del vínculo laboral. Con respecto de la primera cuestión, el teletrabajo supone la necesaria presencia de un contrato o relación de trabajo, al que le es aplicable el estatuto laboral, en el caso de México, la normativa constitucional y legal, así como los tratados internacionales. Si bien el contrato de trabajo, aplicable al te-

[14] Di Martino, Vittorio, & Linda Wirth, "Teletrabajo. Un nuevo modo de trabajo y vida", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 109, núm. 4, 1990, pp. 469-497.

letrabajo, escapa de la postura tradicional del vínculo jurídico, particularmente en cuanto al elemento subordinación, es necesario analizarlo, en un contexto de flexibilidad, toda vez que quien presta el servicio, en la modalidad de teletrabajo, mantiene una vinculación y coordinación con el conjunto de actividades que son propias e inherentes a la empresa o centro de trabajo. Sobre el teletrabajo, la OIT, en el Informe de la Reunión 95-2006, hizo referencia al teletrabajo en cuanto que puede originar relaciones de subordinación que superan la clásica subordinación jurídica y de dependencia económica. Asimismo, en la Reunión 97-2008, reconoce al teletrabajo como un nuevo tipo de espacio laboral.[15]

Una de las primeras normativas sobre el teletrabajo, que inciden en las legislaciones nacionales futuras, lo constituye el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, del 16 de julio del 2002.[16] Los puntos relevantes del referido acuerdo son:

- Carácter voluntario del teletrabajo, para el trabajador, incluso el derecho a regresar a su puesto presencial.
- Garantía de que el paso al teletrabajo no menoscaba la condición de trabajador, ni su negativa constituye causal de rescisión del contrato o de modificación de las condiciones de trabajo.
- Carácter reversible de la decisión de pasar al teletrabajo, vía acuerdo individual y colectivo.
- Igualdad de derechos laborales entre el teletrabajo y el trabajo presencial.
- Respeto a la vida privada del trabajador e indicación de que la instalación de un sistema de vigilancia debe ser proporcional al objetivo perseguido.
- Deber del empleador de facilitar, instalar y mantener los equipos necesarios para el teletrabajo, como instrumentos de trabajo.
- Responsabilidad del empleador de garantizar la protección de la salud y la seguridad del trabajador.

---

[15] Consultables en: https://ilo.org/global/lang/-

[16] Informática-jurídica.com/legislación/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo-de-16-de-julio-de-2002.

- Derecho del trabajador a gestionar la organización de su tiempo de trabajo, en todo caso, la carga de trabajo y los criterios de resultados exigibles serán equivalentes los trabajos presenciales.
- Derecho a la formación y oportunidades de desarrollo profesional.
- Igualdad de derechos colectivos.

El teletrabajo ha cobrado intensidad, como algunas otras instituciones, a consecuencia de la pandemia ocasionada por el virus SARS-COV-2, esencialmente por la reducción de personal con carácter presencial en los centros de trabajo, así como el interés patronal e incluso de trabajadores y sindicatos de mantener actividades y sus procesos de producción, lo cual incide en la ocupación y preocupación de los legisladores para diseñar normativas eficientes, que están permitiendo ampliar el horizonte de investigación sobre el teletrabajo, en el contexto de la empresa, del trabajador e incluso de la comunidad.

Las empresas, seguramente más allá de la pandemia, adoptarán el teletrabajo como modalidad laboral que les permitirá reducción de costos y mayor dinámica en sus procesos, optimizar control de jornadas y horarios, disminuir el estrés laboral, aumentar la productividad, permitir la captación de trabajadores calificados, menor presencia de trabajadores en el centro de trabajo, menores accidentes de trabajo por el desplazamiento de trabajadores, flexibilización de tiempos de trabajo y de jornada, mejor aprovechamiento de las tecnologías de la información y de la comunicación, mejorar la capacitación de trabajadores en el uso de herramientas tecnológicas, menor infraestructura física, menor costo por puesto de trabajo, facilidad de expansión y crecimiento, entre otros. Por supuesto, hay algunas desventajas para la empresa, como dificultad de regular el teletrabajo, ante la posible ausencia de normativa idónea, adopción de medidas de ciberseguridad más estrictas, afectación al trabajo en equipo, posible pérdida de pertenencia laboral, posible robo de datos, fallos en la supervisión, entre otras.

En cuanto al trabajador, el teletrabajo acarrea algunas ventajas, como el evitar desplazamientos con motivo del trabajo, mayor oportunidad de capacitación y adiestramiento, mejora en condiciones de trabajo, reducción de ac-

cidentes y enfermedades de trabajo, se favorece la incorporación de personas con alguna discapacidad o con responsabilidades familiares. Por otra parte, el teletrabajo, en relación con el trabajador, puede implicar algunas desventajas, como el aislamiento, sensación de desprotección laboral, ausencia de convivencia personal y laboral, inseguridad laboral, dificultad de comunicación con el patrón o con sus representantes sindicales, así como posibles consecuencias a la salud del trabajador por la permanente interacción con las tecnologías de la información y la comunicación, desde posibles daños visuales hasta las enfermedades sicosomáticas por la exigencia en el cumplimiento del trabajo bajo esta modalidad, entre otras.

La adición a la Ley Federal del Trabajo de un capítulo sobre el teletrabajo precisa las características de esta modalidad de trabajo; una cuestión de entrada es que el acceso al teletrabajo puede ser de dos maneras: que el contrato inicial de trabajo sea precisamente bajo esta modalidad, o bien, que tratándose de trabajadores ya incorporados a la empresa, de manera voluntaria, acuerden con el patrón trabajar bajo esa modalidad. En este último caso, la Ley establece el principio de reversibilidad, en cuanto a que el trabajador, también de manera voluntaria, puede dejar la prestación del servicio bajo la modalidad de teletrabajo, para reintegrarse al trabajo presencial, a través del acuerdo que para el efecto, celebre con el patrón. La reversión del teletrabajo al trabajo presencial supone naturalmente una modificación al contenido del contrato de trabajo, para adecuarlo al trabajo presencial y abandonar parcial o totalmente la normativa propia del teletrabajo. Asimismo, resulta oportuno precisar que se reiteran dos elementos característicos del contrato de trabajo: el trabajo personal y la subordinación jurídica; por consecuencia, el trabajador en la modalidad de teletrabajo no puede hacerse sustituir o representar, debido a que, como parte del contrato de trabajo, el perfil laboral jugó papel importante en la contratación y, por otra parte, el vínculo jurídico se regirá por el estatuto laboral. Cuando se trata de relaciones colectivas de trabajo, será necesario que el patrón y el sindicato tomen los acuerdos conducentes para determinar los puestos y el número de éstos susceptibles de teletrabajo, así como el número de trabajadores que estarán bajo esta modalidad de trabajo, sin duda,

esto ameritará considerar aspectos de carácter personal de trabajadores, como la capacitación y el adiestramiento, antigüedad, factibilidad del teletrabajo, instrumentos de trabajo, obligaciones adicionales del patrón y trabajadores, entre otros, que apuntan hacia la negociación o renegociación del contrato colectivo, para arribar a los acuerdos permanentes o temporales sobre el teletrabajo.

En cuanto al contenido del contrato en la modalidad de teletrabajo, se toma como punto de partida lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo, con un contenido adicional que considera la naturaleza y las características del teletrabajo, por lo que los acuerdos entre el trabajador y el patrón tendrán que referirse a las siguientes cuestiones: equipo e insumos que se entregue al trabajador como obligación patronal para que el trabajador tenga las herramientas para la prestación del servicio, incluyendo, como señala la Ley, todo lo relacionado con la seguridad y salud del propio trabajador; la descripción y monto que el patrón le pagará al trabajador, por concepto de pago de servicios en el domicilio del trabajador; mecanismos de contacto y supervisión entre las partes, así como la duración y distribución de los horarios (esta cuestión vinculada con la jornada de trabajo merece especial atención por la flexibilidad presente en esta condición de trabajo, por su intermitencia, considerando las recomendaciones en materia de salud para este tipo de trabajos); la flexibilidad de la jornada de trabajo, de manera imperativa, tendrá que respetar los máximos permitidos por la Constitución y la Ley Federal del Trabajo; otro aspecto es que el teletrabajo puede estar inserto en contratos colectivos de trabajo, por lo que lo previsto en cuanto al contenido de los contratos individuales deberá ser considerado en los contratos colectivos de trabajo, lo que deviene en un escenario emergente en los procesos de negociación colectiva; se establece que cuando en la empresa no está vigente un contrato colectivo de trabajo, el patrón deberá incluir en el Reglamento Interior de Trabajo el teletrabajo, así como los mecanismos de vinculación y contacto entre los trabajadores, que en una vertiente dejan a salvo sus derechos de sindicación y negociación colectiva.

El derecho a la desconexión que se expresa en esta modalidad de trabajo amerita un análisis particular. Este derecho de los trabajadores a no conectarse a ningún

dispositivo personal o de los proporcionados por el patrón, como instrumento de trabajo, durante sus descansos interjornada, antes o después de la jornada de trabajo, se sustenta en asegurar la razón de ser de los descansos y de la propia jornada de trabajo, en la tutela de la intimidad del trabajador, respeto a la convivencia familiar, social y recreativa del trabajador, así como su salud y seguridad. Sin duda, el teletrabajo, al regularse laboralmente, se sustenta en iguales principios de cumplimiento y disponibilidad para el trabajo, que la modalidad presencial, esto es, una jornada máxima, conforme a los principios constitucionales y legales, descanso durante la jornada, cuando ésta es continua, descanso interjornada cuando es discontinua, de tal manera que la disponibilidad para el cumplimiento del trabajo debe tener esas fronteras normativas. Lo anterior se traduce en que el patrón, compañeros de trabajo, clientes o personas vinculadas con el trabajo no pueden causar actos de molestia al trabajador, en tiempos o lapsos ajenos a la disponibilidad laboral. Por otra parte, en esta modalidad de trabajo, por lo que respecta a la jornada de trabajo, es posible la presencia de trabajos de emergencia o de horas extraordinarias que justifiquen la comunicación con el trabajador fuera de los lapsos laborales, cuestión que podrá resolverse en el propio contrato individual o colectivo de trabajo, para que en lo posible las comunicaciones entre patrón y trabajador o compañeros de trabajo pudieran darse en el horario laboral o de manera excepcional en un horario y día predeterminado, ya sea a través de los dispositivos procurados por el patrón o dispositivos personales; es de reconocerse que la interacción entre el patrón y el trabajador es una constante laboral que en el teletrabajo requiere acuerdos específicos para preservarla y regularla, como condición de excepción.

En el teletrabajo, además de las obligaciones genéricas para patrones y trabajadores, encontramos obligaciones especiales. Para el patrón: proporcionar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el trabajo; recibir oportunamente el trabajo y pagar los salarios en la forma y fechas estipulados; asumir los costos derivados del trabajo, incluyendo, en su caso, el pago de los servicios de telecomunicación y la parte proporcional de la electricidad; llevar un registro de los insumos entregados, implementar mecanismos que preserven la se-

guridad de la información y datos utilizados; respetar el derecho a la desconexión de los trabajadores, al término de su jornada laboral; inscribir a los trabajadores en el IMSS; establecer mecanismos de capacitación y asesoría para garantizar la adaptación, aprendizaje y el uso adecuado de las tecnologías de la información y comunicación. Para el trabajador: cuidado en la guarda y conservación del equipo de trabajo; informar sobre los costos pactados para el uso de los servicios de telecomunicación y consumo de electricidad; obedecer y conducirse con apego a lo dispuesto en materia de seguridad y salud; atender y utilizar los mecanismos y sistemas operativos para la supervisión de las actividades; atender las políticas y mecanismos de protección de datos utilizados en el desempeño de su trabajo, así como las restricciones de uso y almacenamiento.

Es importante no perder de vista que el teletrabajo es una modalidad en la prestación de los servicios, por lo que se garantiza el derecho a un trabajo digno y decente, igualdad de trato y remuneración, capacitación, formación, seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales y, asimismo, asegurar la perspectiva de género. Es relevante comentar que los mecanismos, sistemas operativos y cualquier tecnología utilizada para supervisar el trabajo deberán ser proporcionales a su objetivo, garantizando el derecho a la intimidad de los trabajadores y a la protección de datos personales; el uso de video y micrófono podrá utilizarse de manera extraordinaria o cuando la naturaleza de las funciones lo requiera.

El teletrabajo supone para el patrón y consecuentemente para los trabajadores y, en su caso, para el sindicato, desafíos laborales para que el teletrabajo se constituya en una modalidad laboral eficiente, por lo que se deberá contar con la infraestructura integral, tecnológica y humana para garantizar la adecuada prestación de los servicios; consolidar las tecnologías de la información y comunicación, considerando el tipo de trabajo o servicios a realizar por los trabajadores, para tener la fluidez pertinente y la seguridad requerida; adoptar las medidas de protección de datos laborales, de los productos y servicios, así como personales, para evitar fugas o ataques; planear el trabajo o servicios, teniendo claridad en los objetivos y metas, para tener una evaluación cuantitativa y cualitativa del teletrabajo; servicio de comunicación seguro y eficaz que permita la interacción entre el

patrón y trabajador, así como con los compañeros de trabajo y, de ser necesario, con el sindicato; el teletrabajo, por sus características, es una modalidad de mayor exigencia que la presencial, por lo que debe planificarse con el mayor cuidado posible para mantener niveles aceptables de productividad y competitividad.

En materia de seguridad y salud, se faculta a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) para expedir la Norma Oficial Mexicana, para comprender, entre otras cosas, los factores ergonómicos, psicosociales, riesgos para la vida, integridad física y salud. En tanto la STPS expide la Norma Oficial, naturalmente será aplicable el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre del 2014, que seguramente tendrá que ser revisado para ponerlo en sintonía con la Norma Oficial Mexicana en la materia.

Consideraciones *in fine*

En el caso de México, las recientes reformas sobre la subcontratación-*outsourcing* y el teletrabajo implican abordar escenarios laborales novedosos, que confirman lo sensible que es el derecho del trabajo frente a las modalidades del contrato o relación de trabajo, tanto individual o colectiva, así como frente a regímenes laborales derivados de nuevos escenarios nacionales e internacionales. La subcontratación-*outsourcing* y el teletrabajo son, por tanto consecuencia de nuevos modelos en los procesos de producción, que si bien, en el caso del teletrabajo, la reforma cobró urgencia con motivo de la emergencia sanitaria derivada del virus SARS-CoV-2, ratifican, en algún modo, que la postura tradicional sobre el derecho del trabajo debe ser motivo de revisión normativa y, por supuesto, académica, para analizar de manera objetiva las ventanas emergentes del derecho del trabajo frente a una realidad laboral muy distinta a las primeras expresiones legislativas en México y en el mundo que sentaron las bases de una nueva rama del derecho. Es de reconocerse que el derecho del trabajo tiene una gran capacidad de adaptación, por cuanto ha convivido con las más diversas expresiones políticas, sociales y económicas que a lo largo de su presencia normativa han incidido en la regulación

jurídica. En la actualidad, los sujetos primarios del derecho del trabajo, patrones y trabajadores, tienen papeles sustantivos con diversas expresiones, sobre las cuales el derecho del trabajo debe asumir postura. Las relaciones de trabajo cada vez son más complejas y demandantes para el derecho del trabajo. Las economías nacionales e internacionales perfilan nuevas formas de producción, mercados demandantes de bienes y servicios, estructuras globales económicas, de organización patronal y de organización sindical, respecto de lo cual el derecho del trabajo, a partir de su razón histórica, debe mantenerse como como facilitador del equilibrio entre los intereses de patrones y trabajadores; si bien su estructura normativa es y debe ser naturalmente dinámica, su razón de surgimiento, para evitar y contener intereses que dañen los derechos fundamentales de las personas, debe mantenerse incólume.

Referencias

Angues Rodríguez, Paula (2015). *Análisis del outsourcing como estrategia de gestión empresarial*. España: Facultad de Economía y Empresa-Universidad da Coruña. Recuperado el 2 de julio del 2021, de http://hdl.handle.net/2183/16387.

Comisión del Trabajo y Previsión Social, Cámara de Senadores. Recuperado el 21 de junio del 2021, de https://senado.gob.mx.

Di Martino, Vittorio, & Linda Wirth (1990). "Teletrabajo. Un nuevo modo de trabajo y vida". *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 109, núm. 4, pp. 469-497.

Grün, Ernesto (1998-1999). La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 2, pp. 11-17. Recuperado el 9 de junio del 2021, de http:/www.justiniano.com/revista_doctrina/la_globalización_del_derecho.html.

Gracia, Martín Luis (2010). *El derecho penal ante la globalización económica*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 14 de junio de 2021, de https://ocw.uca.es/pluginfile.php/4934/mod_resource/con-

tent/1/Ensayo%20El%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica_GRACIA%20MARTIN.pdf.

Hermida Uriarte, Óscar, & Natalia Colotuzz (2009). *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo (oit).

Martín Valverde, Antonio, *et al.* (2001). *Derecho del trabajo*. España: Editorial Tecnos.

Monereo Pérez, Luis (1999). *El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial, transformaciones del derecho en la mundialización*. España: Consejo General del Poder Judicial.

Palomeque López, Manuel, & Manuel Álvarez de la Rosa (2002). *Derecho del trabajo*. España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Romero Gudiño, Alejandro (2000). *Los derechos laborales en México frente a la globalización mundial*. Academia Mexicana de Derecho Internacional. Recuperado el 2 de julio del 2021, de http://www.revisttas.bancomext.

Sanguineti, Wilfredo (2018). "Outsourcing". *El blog de Wilfredo Sanguineti. Un espacio compartido de reflexión laborista desde las dos orillas*. Recuperado el 10 de julio del 2021, de https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/11/wsr-outsourcing-y-principios-dt-wsanguineti-versión-actualizada.pdf.

Witker, Jorge (2008). "Derecho económico y derecho del trabajo". *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, pp. 275-289. Recuperado el 6 de mayo del 2021, de https://revistas.jurídicas.unam.mx/index.php/derecho-social.pdf.

La conciliación efectiva: la esperanza para la despresurización en el derecho laboral mexicano

José Jafet Noriega Zamudio [1]

El objetivo principal de la conciliación radica en llegar a una solución de un caso basada en la moral y con buen corazón.
Confucio

Introducción

El derecho requiere de una renovada y permanente transformación para que pueda ser útil, en su función de medio de control social dentro de una dinámica y compleja sociedad global, como la actual.

---

[1] Profesor del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato. Es doctor en derecho penal por el Centro de Estudios de Posgrado, campus Mexicali, maestro en justicia constitucional y licenciado en derecho por la Universidad de Guanajuato. Cuenta, además, con la especialidad en Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación, en el otrora denominado Instituto de la Judicatura Federal.

En tal sentido, el derecho laboral mexicano históricamente fue recibiendo críticas, porque ya no era adecuada su manera de aplicación, no sólo por el aspecto jurídico en estricto sentido, sino por la forma operativa de su empleo, a través de diversas autoridades, particularmente por conducto de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Así, fue menester emprender los trabajos para construir un auténtico cambio de paradigma por lo que se refiere a la justicia laboral en México, desde la óptica legislativa. Sin embargo, los resultados irán obteniéndose paulatinamente y, de manera muy especial, podrán ser favorables, de acuerdo con el éxito de la conciliación efectiva entre los interesados.

En tal tenor, se sugiere como una noción previa tomar nota del desarrollo que han ido teniendo los mecanismos alternativos de solución de controversias, como la conciliación —por mencionar sólo un ejemplo—, como formas prontas para dilucidar conflictos que han logrado un avance en la restauración del tejido social, como en la materia penal, que tradicionalmente se ha concebido como la *ultima ratio.*[2]

La reforma laboral: principales ejes estratégicos

El 24 de febrero del 2017 fue publicado, en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones a los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. Sin duda, los ajustes legislativos realizados representan un cambio histórico para la concepción del acceso a la justicia laboral en el país, destacando al efecto lo siguiente:

[2] Moreno Hernández, Moisés, "Principios rectores en el derecho penal mexicano", *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez, tomo II*, México, unam, 1998, pp. 1332 a 1334.

A. Se establece una conciliación obligatoria y prejudicial en la que las partes en conflicto podrán resolver sus diferencias sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales.

B. Los conflictos que se deriven de las relaciones de trabajo serán resueltos por los tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como por los poderes judiciales de las entidades federativas, dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Adicionalmente, en esta reingeniería de acceso a la justicia laboral se busca privilegiar los principios procesales de continuidad, concentración, inmediación, oralidad y publicidad,[3] permitiendo a las autoridades jurisdiccionales la conducción del juicio. A esto, se suma una actualización tecnológica a través del buzón electrónico[4] que será útil para que las partes reciban notificaciones ordinarias durante el procedimiento de manera más ágil, lo que acentúa su bondad ante el contexto de salud pública que se vive en todo el mundo y que requiere del privilegio de mecanismos digitales,[5] debido a la pandemia por COVID-19.

Bajo este contexto, con el cambio de paradigma en la impartición de justicia laboral, a criterio de quien anota, se robustece y debe privilegiarse el acceso a la conciliación como uno de los mecanismos alternativos de solución de controver-

---

[3] Artículo 123, apartado A, fracción XX, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[4] Véase el artículo transitorio:

Vigésimo Primero. Implementación de Tecnologías de la Información. Los Tribunales, así como los Centros de Conciliación a que hace referencia este Decreto, deberán contar con los sistemas electrónicos para garantizar que los procedimientos a su cargo sean ágiles y efectivos. Asimismo, deberán crear las plataformas electrónicas que albergarán los buzones electrónicos y las aplicaciones digitales necesarios para operar la conectividad por medios electrónicos con las autoridades laborales.

Del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de mayo de 2019.

[5] Un ejemplo de este tipo de esquemas novedosos es el Sistema Integral de Generación de Rutas, Evidencias y Monitoreo Actuarial (SIGREMA) del Consejo de la Judicatura Federal, con el propósito de facilitar y transparentar, a través de la tecnología, el proceso de notificación personal y por oficio a las partes que intervienen en un juicio de los nuevos Tribunales Laborales, de acuerdo con lo difundido en el Comunicado 24/2021. Disponible en línea: https://www.cjf.gob.mx/salaprensa/comunicados.htm (consultado el 30 de agosto de 2021).

sias, en respeto a los derechos humanos de las personas y conforme a lo dispuesto en los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[6]

Lo anterior, ya que es precisamente en donde redundará en gran medida el éxito o fracaso de este novedoso modelo de justicia laboral, como lo iremos exponiendo más adelante.

Algunos referentes de la justicia alternativa en México

En nuestro país, desde antes de 2008, diversas leyes ya adoptaban una modalidad flexible para dirimir los conflictos, aunque fue hasta el 2017[7] cuando se elevó expresamente a rango constitucional con enfoque generalizador, al referir el propio precepto 17:

> Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

Inclusive, el uso de los mecanismos alternos de solución de controversias ha sido considerado por el derecho internacional como un modelo pertinente, verbigracia, el artículo 2007 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte[8]

---

[6] Tesis III.2o.C.6 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, décima época, Libro XXV, t. 3, octubre del 2013, p. 1723, de rubro: "Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del estado".

[7] *Diario Oficial de la Federación* de 18 de septiembre de 2017.

[8] Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado en Ottawa el 11 y 17 de diciembre de 1992, en la ciudad de México el 4 y 17 de diciembre de 1992 y en Washington, D.C., el 8 y 17 de diciembre de 1992, entrando en vigor el 1 de enero de 1994.

—celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá— que prevé que los posibles conflictos que se susciten puedan ser resueltos a través de procedimientos como la mediación y la conciliación.

Por otra parte, también la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal*[9] persigue como teleología establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las soluciones alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable.

Además, dicha legislación nacional previene que los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de los conflictos que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querella referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Así pues, la tendencia de innovar y generar mejores soluciones jurídicas a los problemas que suceden y que son connaturales a nuestra sociedad,[10] ha ocasionado que se realicen bastantes ajustes al texto constitucional, debiendo toda esta reingeniería jurídica ceñirse a la concepción amplia de los derechos humanos con sus modulaciones necesarias, conforme a la naturaleza de cada asunto, pero bajo la premisa de que al Estado le interesa la prevalencia del orden y la paz social.[11]

Para lograr esto, se ha echado mano de instituciones como la mediación y la conciliación, siendo ésta última la que ha tomado en cuenta el derecho laboral para coadyuvar a la solución de litigios.

---

[9] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

[10] Véase, por las razones que la integran, la tesis I.3o.C.426 C (10a.), publicada en la Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 74, enero de 2020, tomo III, p. 2608, identificada con el rubro: "Mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de protección al consumidor. Si las partes pactan que deben agotarse antes de acudir a los tribunales competentes, debe prevalecer el acuerdo de voluntades".

[11] Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2004, trigésima octava edición, pp. 291 a 296.

Aproximación conceptual y constitucional de la conciliación

Para ofrecer un punto conceptual común de partida se sugiere tener en cuenta como definición de los mecanismos alternativos de solución de controversias, como género, la siguiente: "[son aquellos] procedimientos entre iguales que de manera voluntaria participan... tendiente[s] a generar la solución de su conflicto de mutuo acuerdo".[12]

Al efecto, José Ovalle Favela[13] refiere:

> [...] el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En esta hipótesis el tercero asume el papel de conciliador y a su función se le denomina conciliación. El conciliador no se limita a mediar entre las partes, sino que les debe sugerir fórmulas específicas para que puedan llegar a un convenio entre ellas.
>
> Para que el conciliador pueda desempeñar eficientemente su función, es indispensable que conozca la controversia de que se trate, a fin de que esté en condiciones de proponer alternativas razonables y equitativas de solución.
>
> Pero la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes.

Ahora no pasa inadvertido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue enmendada[14] hace poco más de una década, de manera relevante, en materia de justicia penal y seguridad pública y, entre otros preceptos, en su artículo 17, párrafo tercero, se dispuso:

---

[12] Fierro Ferráez, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, Editorial Oxford, 2010, p. 24.

[13] Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, séptima edición, México, Editorial Oxford University Press, 2016, p. 23.

[14] Ver el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 18 de junio de 2008.

> *Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.* En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial (el énfasis es propio).

En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008 al mencionado artículo 17, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias:

> [...] son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo.

Ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad, y tienen como objeto idéntica finalidad, que es resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado mexicano.

Así, es destacable para los fines perseguidos en este trabajo que el texto constitucional indica de forma general la previsibilidad legal de instrumentar los mecanismos alternativos de solución de controversias, únicamente haciendo las precisiones que éstos deben contener para la materia penal, por lo que se estima que ahí se encuentra precisamente el asidero constitucional de las formas alternativas de solución de conflictos, como lo es la conciliación para todas las ramas del derecho en donde sean técnicamente factibles.[15]

---

[15] Ver, por ejemplo, la improcedencia de la conciliación en el caso de violencia familiar, conforme a lo previsto en el artículo 8, fracción IV de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

En otro orden de ideas, es necesario relacionar la reforma laboral en comentario con aquella en materia de derechos humanos,[16] de donde se desprenden las obligaciones para todas las autoridades del estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Lo referido, en atención a que las pautas constitucionales del respeto a los derechos humanos deben permear a todas las enmiendas que se hagan incluso posterior a su vigencia, tal como aconteció con la de justicia laboral. Por ende, podemos entender la *conciliación* como:

> Proceso por el cual dos o más partes recurren a un tercero neutral para que promueva el diálogo y ayude a las partes a encontrar solución a sus controversias. El conciliador tiene la facultad de sugerir opciones de solución, pero las partes retienen en sí el poder de decisión del acuerdo final.[17]

Esto nos aproxima a afirmar que el derecho laboral se ha flexibilizado, incluso mucho más allá del derecho administrativo disciplinario.[18]

---

[16] Publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[17] Romero Gálvez, Salvador Antonio, "Conciliación: procedimiento y técnicas de conciliación", Capítulo V de la obra *Negociación directa y asistida. Tratado de gestión de conflictos*, Lima, ASOPDES, 2003, https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/27conciliacionperu.pdf

[18] De Santiago Alvarez, Adriana y Noriega Zamudio, José Jafet (2019), "Mecanismos alternos y formas de terminación anticipada en la justicia administrativa-sancionadora: adeudos legislativos con la nación mexicana", *Las ciencias penales en la actualidad*, México, Secularte A. C. Servicios en Educación, Cultura y Arte, pp. 107-127.

Bondades de la conciliación

En la reforma laboral, la conciliación se entiende como un instrumento para recomponer el tejido social y cultural, por lo que representa una ardua tarea su correcta implementación a efecto de que las citadas reformas constitucionales nacionales cumplan su objetivo social.

La función conciliatoria quedará a cargo de los centros de conciliación, constituyéndose como instancias prejudiciales a las cuales los trabajadores y patrones deberán asistir, de manera previa a acudir a los tribunales laborales.

Dichos centros especializados, tanto federales como locales, son organismos imparciales, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión, con rango de organismos descentralizados de la federación o de las entidades federativas, y se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad.

Por otro lado, no debemos olvidar que en la Ley Federal del Trabajo —previo a recibir las reformas constitucionales en comentario—, la conciliación ya se encontraba establecida dentro del proceso en sí, sin embargo, dicho mecanismo muy seguramente no se ha desarrollado de manera adecuada a consecuencia de la falta de un verdadero presupuesto que permita generar una infraestructura para llevarla a cabo, la falta de personal, la falta de capacitación continua y sobre todo la actitud profesional de algunos abogados postulantes de la materia al restarle valor a dicha etapa e impedir que trabajadores y patrones en verdad acudan a establecer un diálogo conciliatorio para resolver sus conflictos laborales, lo que nos parece hasta cierto punto un rasgo cultural común, pues hay que comprender que socialmente estábamos acostumbrados a ganar o perder un juicio y no a participar en un procedimiento alterno sin la asunción de posturas antagónicas.

Ahora, con independencia de la práctica cotidiana, la conciliación representa un mecanismo idóneo para evitar que problemas que pueden ser solucionados entre las personas interesadas lleguen a la instancia de los tribunales, con las consecuentes pérdidas de dinero y tiempo que eso representa. En este medio alterno a la justicia

común, un tercero imparcial con facultades para hacer propuestas dirige las pláticas de conciliación entre las partes; no toma la decisión por ellas, sino más bien las aviene a una solución. Se trata de un mecanismo ideal que ayuda a la pronta solución de los conflictos, constituyéndose en aliado de la jurisdicción ordinaria.

Una de las características principales de la conciliación está dada por el ánimo o espíritu conciliatorio que deben tener las partes involucradas, la cual nace de su propia voluntad. Esto es importante, porque uno de los principales objetivos de la actual reforma es que, a través de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias, se pretende evitar que el agobiante problema de la congestión de los tribunales se agrave, aspirándose a la agilización de los trámites conciliatorios ante dichos centros, para no tener que hacer frente a otras controversias que son susceptibles de dirimirse fuera del ámbito judicial.

Así pues, en términos generales, son comunes las ventajas que trae el empleo de los mecanismos alternos como la conciliación, dado que serían evidentes, al menos, los siguientes resultados: (I) menor costo económico para el Estado y para los intervinientes, (II) descongestionamiento de instancias gubernamentales —principalmente los tribunales laborales—, (III) optimización de recursos gubernamentales; todos éstos en abono a una cultura de civismo y gobernanza[19] más apegada a las tendencias constitucionales y convencionales[20] en materia de derechos humanos,[21] derrumbando formalismos que retrasan innecesariamente el acceso a la justicia.

---

[19] Bardales Lazcano, Éricka, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores editor y distribuidor, 2011, p. 111.

[20] Ello en armónica interpretación de lo previsto en los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde se reconoce a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado y, por ende, de la justicia restaurativa.

[21] Se recomienda analizar la tesis III.2o.C.6 K (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XXV, octubre de 2013, tomo 3, p. 1723, con el rubro: "Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del estado".

Asimismo, es conveniente tomar en cuenta que la conciliación, en su conformación, no tiene exclusivamente elementos jurídicos, sino que también inciden aspectos psicológicos, sociológicos, filosóficos, de autoridad y de convivencia, entre otros. En su celebración se entrecruzan, combinan y mezclan, para conformar todo un sistema de comunicación y formalidades, cuyo forjador primordial es el conciliador, con participación de las partes y demás sujetos que intervengan, con el objetivo de que los interesados queden satisfechos con la solución, por haber participado de ésta y haber alcanzado ese acuerdo mutuo, que no fue impuesto por nadie, sino que las mismas partes fueron quienes lo propusieron, según las condiciones personales, económicas y sociales donde se encuentran.

En suma, la conciliación es un instrumento para la recomposición del tejido social y cultural; tiende a generar una cultura de paz, como medio de interacción pacífica y de convivencia ciudadana, por lo tanto, reconoce y respeta la dignidad humana, fortalece las relaciones, genera conciencia de derechos y deberes, promueve una actitud ganar-ganar, restablece el valor de la palabra y, además, es un mecanismo útil, eficiente, eficaz y, principalmente, equitativo y acorde con la realidad particular de cada una de las partes, a la solución de los conflictos. En tal orden de ideas, se coincide con Edwina Rebeca Almada Flores, aunque aplicado a la conciliación, en tanto que:

> [...] se presenta como una oportunidad para que los involucrados en un conflicto retomen la comunicación, a través de un diálogo que les permita reconocerse como seres holísticos; incorporando en este proceso de comunicación tanto su razón como sus emociones.[22]

[22] Almada Flores, Edwina Rebeca, "La mediación, una oportunidad para la construcción dialógica de la personalidad moral", *Revista Ars Iuris*, núm. 49, 2013, pp. 161-185.

La función de los Centros de Conciliación

En términos generales, como se apuntó, serán los organismos públicos descentralizados que se encargarán, de acuerdo con su ámbito competencial, de realizar en materia local la función conciliadora, poner en práctica el Servicio Profesional de Carrera y capacitar y profesionalizar al personal para que realice las funciones conciliadoras.

Además, contarán con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Serán competentes para substanciar el procedimiento de la conciliación a la que deberán acudir los trabajadores y patrones, antes de presentar demanda ante los Tribunales, conforme lo establece el párrafo segundo de la fracción XX del artículo 123, apartado A, de la Constitución.

Cabe decir que la naturaleza constitucional de estos centros es acorde con la transformación que se busca con respecto a agilizar y "tecnificar" la impartición de justicia laboral, puesto que la falta de designación de representantes de los trabajadores y los empleadores como integrantes de la Junta de Gobierno de los Centros Federal y Locales de Conciliación no contraviene el principio del tripartismo, debido a que tanto el nuevo sistema de justicia laboral como el registral están a cargo de órganos cuya estructura no se organiza más bajo un modelo tripartita.

Incluso sobre ello, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó lo siguiente:

> De acuerdo con el artículo 123, apartado A, fracción XX, de la Constitución General el legislador contaba con libertad para desarrollar la organización y el funcionamiento del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, siempre que respetara las bases fijadas en la norma constitucional, así como los principios que deben regir su actuar, dentro de los cuales no se previó el tripartismo, de ahí que no estuviera obligado a prever en su integración la participación de representantes de los trabajadores y los empleadores. Asimismo, debe señalarse que si bien el principio del tripartismo es aplicable al formular las normas y las políticas en materia de trabajo, de tal modo que éstas sean producto de un diálogo social entre el gobierno, los trabajadores y

> los empleadores, lo cierto es que dicho principio no opera tratándose de la conformación de autoridades de control, las cuales se rigen conforme a los principios de independencia e imparcialidad.[23]

Así, el rol social de los centros será de naturaleza principalmente preventivo, pues con los procedimientos conciliatorios que se substancien de manera favorable se evitará a las partes iniciar un futuro proceso que, de llevarse a cabo, ocasionaría demasiados gastos y pérdida de tiempo, sin alcanzar una satisfacción equilibrada para los involucrados.

Al efecto, según las estadísticas sobre relaciones laborales de jurisdicción local,[24] el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) dio a conocer que durante 2020, a partir del aprovechamiento de los registros administrativos de las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje, los Centros de Conciliación Laboral Locales y los Tribunales Laborales Locales registraron, a nivel nacional, un total de 361,592 convenios de trabajo prejudiciales, 189,543 conflictos de trabajo (individuales y colectivos) y 14,561 emplazamientos a huelga, mismos que, salvo en los convenios de trabajo prejudiciales, constituyen el punto de partida para alcanzar otros estadios para solucionar las desavenencias en las relaciones laborales del ámbito local.[25]

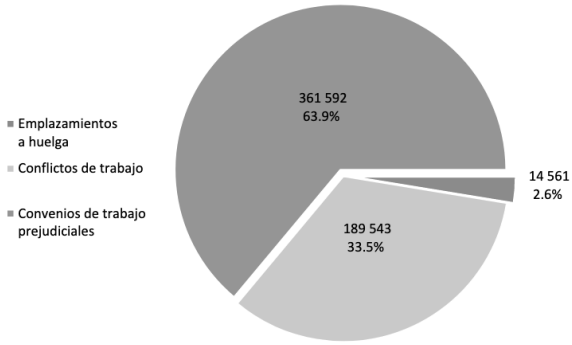
---

[23] Tesis jurisprudencial 2a./J. 16/2021 (10a.), publicada en la *Gaceta* del *Semanario Judicial de la Federación*, libro 84, marzo de 2021, tomo II, p. 1539, identificada con el rubro: "Centro federal de conciliación y registro laboral. La falta de representantes de los trabajadores y empleadores, como integrantes de su junta de gobierno, no contraviene el principio del tripartismo".

[24] Las citadas estadísticas que genera el INEGI comprenden los eventos derivados de la negociación laboral, que se obtienen del aprovechamiento de los registros administrativos de las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje y, a partir de la implementación de la reforma laboral del 1 de mayo de 2019, se incorporan los de los Centros de Conciliación Laboral Locales y los de los Tribunales Laborales Locales, que iniciaron operaciones el 18 de noviembre de 2020, en la primera etapa, en siete entidades federativas: Campeche, Chiapas, Durango, México, San Luis Potosí, Tabasco y Zacatecas. Para las estadísticas del año de referencia, la cantidad de fuentes informantes ascendió a 232, con 196 Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje, 14 Centros de Conciliación Laboral Locales y 22 Tribunales Laborales Locales.

[25] INEGI, *Estadísticas sobre relaciones laborales de jurisdicción local, 2020*".

Gráfica 1



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía.[26]

De los datos previos, vemos robustecida la hipótesis del presente trabajo, en el sentido de que el verdadero éxito de la reforma constitucional que nos ocupa se encuentra directamente proporcional en cuanto a la adecuada operación de la conciliación en los Centros, pues algo similar se espera a lo que sucedió con el sistema procesal penal acusatorio, que realmente buscó abatir el rezago judicial de los procesos penales mediante esquemas preventivos que pudieran encontrar una salida previamente a su judicialización.

Pendientes de la reforma laboral

Aún y cuando han pasado algunos años entre la difusión oficial de la reforma constitucional que aquí nos ocupa, se avizoran algunos retos pendientes de satisfacerse para estar en condiciones de hacer un balance inicial integral entre los avances, retrocesos o modificaciones; y cambios que pudieran ser necesarios para llevar a buen puerto el acceso a la justicia laboral en México.

[26] *Ídem.*

En primer lugar, se detecta el atinente a cumplir en tiempo con la *vacatio legis*, ya que a más tardar en 2023 tendrá que haberse completado la entrega de asuntos laborales de las Juntas de Conciliación a los Tribunales Laborales que ahora pertenecerán a los Poderes Judiciales de la Federación y de los Estados;[27] así como del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y sus homólogos en las entidades federativas, para dar paso a la nueva conformación institucional que habrá de dirimir las problemáticas laborales.[28]

Por otro lado, también se detecta como un desafío relevante el aspecto presupuestal, no sólo por cuanto hace a la infraestructura para llevar a cabo la adecuación de los espacios necesarios y la infraestructura incluso tecnológica, sino también respecto de la capacitación dirigida al personal jurisdiccional y a los múltiples operadores del nuevo sistema de justicia, la que deberá ser de manera coordinada entre todas las entidades federativas, las autoridades en materia laboral y el personal de los Centros de Conciliación, es decir, todos aquellos que estarán implicados en asuntos que involucran tanto a patrones como trabajadores, o aquellas diferencias sindicales que se presenten con la finalidad de que estén en posibilidad de dirimir los posibles conflictos, primero a través de la conciliación, con una etapa obligatoria que busca crear una nueva cultura de solución jurídica amigable o autocompositiva, o bien, como último recurso ante los tribunales.

Esto es así, dado que la implementación de la reforma en materia laboral pretende contribuir al acceso a una mejor justicia laboral clara, transparente y asequible para todos, que haga cumplir las leyes en beneficio de trabajadores y patrones, por lo que será primordial contar con un nuevo régimen de relaciones laborales

---

[27] Por citar un ejemplo, en el estado de Guanajuato, la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Laboral se efectuará de forma simultánea en la totalidad del territorio que comprende la entidad, en la segunda etapa de implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral, durante el segundo semestre de 2021. Ver: https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/comunicados_prensa/11_Comunicado%2019%20Octubre%202020.pdf (consultado el 5 de junio del 2021).

[28] Molina Martínez, Sergio Javier, "Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial,* núm. 46, 2018, pp. 1-28

en el que se respeten los derechos de todos, con la finalidad de brindar seguridad jurídica y certeza en beneficio de la sociedad y el desarrollo económico del país.

Ahora, este esquema constitucional se gestó en una administración pública federal anterior a la que actualmente gobierna el país y, a opinión de quien apunta, no parece que sea ésta una prioridad inmediata,[29] inclusive tampoco se soslaya la histórica complicación que se ha ocasionado, se vive y muy seguramente trascenderá por varios años, con motivo de los efectos de la pandemia por el covid-19,[30] que inclusive ha trastocado a muchos trabajadores y patrones en su ámbito de trabajo, por lo que no es una tarea menor la de buscar soluciones para cumplir con el texto de la Constitución, mediante esquemas de planeación estratégica que reditúen certidumbre jurídica a la sociedad mexicana, sin tener margen para la improvisación o la procrastinación del derecho y sus instituciones.

Conclusiones

La consolidación exitosa de los resultados que arrojará la reforma laboral que aún se encuentra en fase de implementación nacional dependerá en gran medida de la efectiva conciliación que se lleve a cabo a través de los organismos creados con ese fin.

Por tal motivo, el tema desarrollado incide en lo que parece ser una aparente novedad del derecho laboral mexicano contemporáneo, por lo que habrá que estar atentos para conocer el desarrollo en la consolidación nacional de este esquema de acceso a la justicia, que no se desprende, en algunos rasgos, del anterior. Esto es, ya existía el afán de buscar la conciliación de las partes, sin embargo, ésta no se fortale-

[29] Sin que deba dejarse de lado que el 20 de septiembre del 2018 el Senado de la República ratificó el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce y potencia los derechos de libertad de afiliación sindical y negociación colectiva, que también fueron materia de la reforma constitucional del 24 de febrero del 2017. Al efecto, ver: http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/41780-senado-ratifica-por-unanimidad-convenio-98-de-la-oit.html.

[30] Madrigal, Itzel, "Tardarán juzgados en materia laboral", *Reforma*, 12 de marzo del 2021.

ció como ahora, y no arrojó históricamente resultados tan significativos, prueba de ello es el rezago de trabajo que desnaturalizó las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Bajo este contexto, es importante considerar que las necesidades sociales mutan y las instituciones deben evolucionar para estar en condiciones de atender las demandas ciudadanas, por tanto, en el contexto mundial presente, los medios alternativos y las formas análogas de solución de controversias son el proceso fecundo para ser empleado prioritariamente, dado su pragmatismo y flexibilidad.

En tal sentido, parece que es un imperativo impulsar el andamiaje jurídico necesario para la consolidación de la justicia cotidiana, dado que sólo así se permitirá una rápida recomposición social que tanto hace falta en nuestro país, despresurizando, además, de la resolución de asuntos no graves, a los órganos jurisdiccionales, que no deben ser utilizados para fines ajenos a su génesis constitucional.

Por otro lado, se estima que el conflicto social debería ser la excepción y no la regla. Así, a través de la conciliación podrá gestarse un cambio cultural por medio del cual la sociedad y los individuos reformulen sus concepciones antagónicas e intransigentes, propias de las instancias judiciales, para propiciar una actitud comunicativa y dialéctica en la que puedan surgir soluciones innovadoras, más adecuadas, y sobre todo más equitativas, como resultado de una nueva lectura del conflicto y, principalmente, de una nueva cultura, la cultura de la paz laboral.

Por todo esto, y por su éxito potencial en la solución de determinados conflictos en donde cobra especial notoriedad la reconstrucción de las relaciones interpersonales, buscando siempre razonamientos de equidad y pretendiendo en todo momento restituir la paz social de manera rápida y eficaz, es que debe cuidarse la forma como opera la conciliación a través de una visión institucional renovada en la federación y en los estados de nuestro país, en tanto una auténtica justicia coexistencial.[31]

---

[31] Mauro Cappelleti, "Appunti su conciliatore e conciliazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 1980, p. 56.

Referencias

Almada Flores, Edwina Rebeca (2013). "La mediación, una oportunidad para la construcción dialógica de la personalidad moral". *Revista Ars Iuris*, núm. 49, pp. 161-185 .

Bardales Lazcano, Éricka (2011). *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*. México: Flores Editor y Distribuidor.

Cappelleti, Mauro (1980). "Appunti su conciliatore e conciliazione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, num. 1, p. 56.

De Santiago Álvarez, Adriana, y José Jafet Noriega Zamudio (2019). "Mecanismos alternos y formas de terminación anticipada en la justicia administrativa-sancionadora: adeudos legislativos con la nación mexicana". En *Las ciencias penales en la actualidad*. México: Secularte. Servicios en Educación, Cultura y Arte.

Fierro Ferráez, Ana Elena (2010). *Manejo de conflictos y mediación*. México: Editorial Oxford.

Madrigal, Itzel (12 de marzo del 2021). "Tardarán juzgados en materia laboral", en *Reforma*, México. Recuperado el 24 de junio del 2021, de *https://www.reforma.com/tardaran-juzgados-en-materia-laboral/ar2142071.*

Molina Martínez, Sergio Javier (2018). "Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial,* núm. 46, pp. 1-28.

Moreno Hernández, Moisés (1998). "Principios rectores en el derecho penal mexicano". En *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez,* t. II. México: unam.

Ovalle Favela, José (2016). *Teoría general del proceso*. Séptima edición. México: Editorial Oxford University Press.

Porrúa Pérez, Francisco (2004). *Teoría del Estado*. Trigésima octava edición. México: Porrúa.

Romero Gálvez, Salvador Antonio (2003). "Conciliación: procedimiento y técnicas de conciliación". En *Negociación directa y asistida. Tratado de gestión de conflictos*. Lima: asopdes.

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Instrumentos Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá.

Páginas de internet

https://www.cjf.gob.mx/

http://www.dof.gob.mx

http://www.scjn.gob.mx

https://www.inegi.org.mx/

https://www.reforma.com/

La huelga: novedades en su regulación en la reforma laboral

Sergio Pallares y Lara [1]

Introducción

El derecho del trabajo ha iniciado una nueva y esperanzadora etapa con la pretensión de dignificar la justicia laboral, trasladándola al ámbito judicial, y democratizar la vida sindical, la negociación y la contratación colectiva, creándose el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral para vigilar la observancia del nuevo marco regulatorio. Así quedará atrás la vieja y prolongada etapa del corporativismo que implicó graves retrocesos respecto de los derechos colectivos creados en el artículo 123 de la Constitución de 1917.

En efecto, el derecho de sindicación y la huelga que consagraron las fracciones XVI y XVIII de ese precepto de la Carta Magna en 1917 fueron sometidos a un riguroso control por parte del gobierno y las cúpulas sindicales y empresariales; como consecuencia, la huelga prácticamente fue inexistente en tiempos recientes, festinándose desde el gobierno federal que sólo estallaron 22 huelgas en el ante-

[1] Integrante de la Red de Profesoras y Profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad de Guanajuato.

rior sexenio. Desde luego, ese dato no reflejaba un estado de equilibrio y de armonía en los derechos de capital y trabajo, sino que hacía evidente el férreo control del Estado y las cúpulas sindicales sobre las organizaciones de los trabajadores. Producto de ello fue la reforma de 1980 al artículo 923 de la Ley Federal del Trabajo, que constituyó un verdadero dique al intento de emplazar a huelga por un sindicato que actuara fuera del marco de control de los organismos sindicales de corte oficialista, cuando ya existiera un contrato colectivo de trabajo depositado ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Tal precepto fue materia de reforma en 2019 para establecer una salvedad, cuando el contrato colectivo no se haya revisado durante los cuatro años anteriores al 1 de mayo de ese año.

A partir de la reforma al artículo 123 constitucional de 2017 y a la Ley Federal del Trabajo de 2019, ahora se cuenta con las herramientas constitucionales y legales para hacer efectivo el derecho de huelga y propiciar la democratización de los procedimientos de negociación colectiva, de contratación colectiva y de la propia huelga. El elemento cohesionador de esos procedimientos será el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores, ya que al participar en su conducción y en la definición del rumbo y estrategias de lucha de los sindicatos hará realidad el propósito democratizador de la reforma laboral.

Además, se debe entender que la suspensión de labores en un centro de trabajo mediante la huelga no es un fin en sí mismo, sino que debe perseguir un objetivo previsto en la ley y cumplir con los requisitos de forma y mayoría, ahora permeados por la acreditación de la representatividad y de la representación de los trabajadores que es a cargo de las organizaciones sindicales que pretendan la celebración o revisión de un contrato colectivo para la fijación o mejora de las condiciones de trabajo.

Pues bien, en esta participación se hará análisis de la regulación de la huelga en la Ley Federal del Trabajo de 1 de mayo de 2019 y de la nueva dimensión que alcanza bajo los principios constitucionales de democracia sindical.

Finalmente, expreso mi felicitación al Dr. Eduardo Pérez Alonso, director de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, Campus Guanajuato, por haber impulsado la elaboración de esta obra que recoge

las experiencias y puntos de vista de quienes participan en la integración del libro *Derecho laboral y de la seguridad social: Novedades, vicisitudes y retrocesos*, así como mi agradecimiento por su amable invitación para formar parte de este importante proyecto editorial de nuestra querida y prestigiada Alma Máter.

Cuerpo del trabajo

Antecedentes

El 24 de febrero de 2017 y el 1 de mayo de 2019 fueron reformados el artículo 123 constitucional, entre otras, en sus fracciones XVIII y XXII bis, y la Ley Federal del Trabajo, para abrir la posibilidad de instaurar un régimen democrático en el ámbito sindical y de negociación y contratación colectivas. La fracción XVIII introdujo un último párrafo en los siguientes términos: Cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores.

La fracción XXII bis constituye una reforma por adición para instaurar los principios que debe garantizar la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones, que son la representatividad de las organizaciones sindicales y la certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo. Y se introduce en esa fracción el elemento que garantizará la democratización de las instituciones del derecho colectivo de trabajo: el voto personal, libre y secreto de los trabajadores para resolver los conflictos entre sindicatos por la contratación colectiva, la celebración de los contratos colectivos de trabajo y la elección de los dirigentes sindicales.

La Ley Federal del Trabajo fue reformada en los aspectos del registro sindical, la contratación colectiva y la huelga, para ajustar los preceptos relativos a esos principios constitucionales.

Con las reformas se busca superar la negra noche del corporativismo sindical en el que las huelgas fueron prácticamente imposibles, redimensionándose el voto

de los sindicalizados para que sean ellos quienes de manera personal, libre, directa y secreta definan el rumbo de su organización sindical, de conformidad con las normas de la nueva ley que serán analizadas en el siguiente apartado.

La titularidad y los objetivos de la huelga

De conformidad con el artículo 920 de la Ley Federal del Trabajo, el procedimiento de huelga se iniciará con la presentación del pliego de peticiones. Por tanto, habrá que preguntarse: ¿quién puede presentar un pliego de peticiones? Para contestar debemos remitirnos al capítulo relativo a la huelga, que inicia con el artículo 440 de la ley, que la define como la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores, considerando el siguiente artículo 441 que los sindicatos tienen el carácter de coaliciones permanentes. Como se ve, ya tenemos dos facultados para promover un emplazamiento a huelga, la coalición y el sindicato, y habrá que tener en cuenta la temporalidad de los objetivos de la huelga para determinar si, por su duración, pueden ser utilizados por una coalición de trabajadores o por un sindicato, para lo cual conviene precisar los conceptos de una y otro. El artículo 355 define la coalición como el acuerdo temporal de un grupo de trabajadores o de patrones, lo que implica una diferencia de fondo respecto de la naturaleza de un sindicato, que tiene efectos de permanencia según se desprende del artículo 356, pues se la da el objeto perseguido, como lo es el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de sus agremiados, lo que implica que la actividad subsistirá en tanto que exista el sindicato.

Ahora bien, el artículo 450 de la ley señala los objetivos que puede perseguir una huelga, los que a continuación se comentarán.

La fracción I de ese precepto señala como objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. ¿Se trata de un objeto de huelga en sí mismo? Si así fuera, tanto la coalición como el sindicato podrían utilizar ese objeto para plantear una huelga.

Ahora bien, para resolver esa cuestión conviene relacionar esa fracción con el artículo 426 de la ley, que dispone: "Artículo 426. Los sindicatos de trabajadores o los patrones podrán solicitar de los Tribunales la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en los contratos colectivos o en los contratos-ley: II. Cuando el aumento del costo de la vida origine un desequilibrio entre el capital y el trabajo [...]".

Así, hay un camino legal para restablecer el equilibrio cuando el aumento en el costo de la vida lo altere; y si bien este caso se reduce a restablecer el equilibrio afectado por el costo de la vida, los demás casos de desequilibrio se resolverán a través de los objetivos de huelga previstos por las restantes fracciones del artículo 450, que determinan las situaciones en las que puede haber equilibrio o desequilibrio, como se verá. Por tanto, la fracción I de ese precepto no contiene en sí una causa de huelga, aunque es costumbre que los sindicatos la invoquen invariablemente en el escrito de emplazamiento, como declaración sacramental, lo cual, por lo dicho, es innecesario, ya que en realidad el equilibrio se encontrará inmerso en las demás causales de huelga, aunque tal afirmación habrá que matizarla tratándose de la huelga por solidaridad.

La fracción II del artículo 450 prevé como primer objetivo obtener del patrón o patrones la celebración del contrato colectivo. En este caso, la pretensión del sindicato es el que asigna el artículo 386 de la Ley Federal del Trabajo al contrato colectivo: establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos. Es claro que ese objetivo exige el accionar de un sindicato, puesto que el establecimiento de las condiciones de trabajo tiene efectos permanentes, aunque esas condiciones puedan ser modificadas al término de la vigencia del contrato colectivo, mediante su revisión, como lo dispone el artículo 397. Por tanto, una coalición, que tiene efectos temporales, no podría detentar la titularidad de un contrato colectivo de trabajo ni cumplir con la obligación de exhibir el certificado de registro del contrato colectivo de trabajo que dispone la fracción VI del artículo 920 como requisito de forma, para el caso de que el objeto de la huelga sea la revisión del pacto contractual, que es el segundo supuesto previsto por la fracción II en comento, al término del periodo de su vigencia.

La fracción III contempla la celebración o revisión de los contratos ley, cuyo objeto lo señala el artículo 404 de la ley, para establecer las condiciones para la prestación del trabajo en una rama de la industria en una o más entidades federativas. Es el mismo caso de la anterior fracción, en cuanto a que la titularidad de ese tipo de contratos, por su permanencia, no puede detentarla una coalición de trabajadores sino uno o varios sindicatos de trabajadores.

La fracción IV del artículo 450 establece como causal de huelga la violación al contrato colectivo o al contrato ley, lo que por sí mismo excluye a las coaliciones para su uso en un emplazamiento a huelga, pues sólo podrán accionar ante el Tribunal los titulares de la contratación.

La fracción V del artículo 450 establece como causal de huelga exigir el cumplimiento patronal de las disposiciones legales sobre participación de utilidades. Por su parte, el artículo 121 de la Ley Federal del Trabajo establece el derecho de los trabajadores para formular objeciones a la declaración presentada por el patrón ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y su fracción II prevé que, dentro de los treinta días siguientes, el sindicato titular del contrato colectivo o la mayoría de los trabajadores de la empresa podrán acudir ante esa dependencia con esa finalidad. Es decir, aquí se encuentra la doble posibilidad de emplazar a huelga por el sindicato titular del contrato o por una coalición de trabajadores, dado que se trata de un objeto transitorio que quedará satisfecho con la resolución que dicte la Secretaría de Hacienda al término del proceso de fiscalización respecto de las objeciones formuladas.

Ahora bien, la fracción II del artículo 121 de la ley dispone que ha de ser la mayoría de los trabajadores la que formule las objeciones, supuesto que se actualizará cuando los dirigentes sindicales no actúen en consecuencia. El término con que contarán los trabajadores será perentorio, ya que después de que el patrón entregue la copia de la declaración anual tendrán un término de treinta días para formular las objeciones, lo que implica que los dirigentes sindicales han omitido o de plano se han negado a hacerlo, y entonces los trabajadores procederán a formar la coalición y acreditar ante la Secretaría que está integrada por la mayoría.

Cabe precisar que las obligaciones legales del patrón sobre participación de utilidades no se reducen a la entrega de la copia de la declaración anual que haya presentado ante la Secretaría de Hacienda, ya que el capítulo VIII de la ley establece otras, como la designación de los representantes para integrar la Comisión Mixta, poner a disposición de los trabajadores los elementos para fijar la participación individual, excluir del reparto a los directivos de la empresa y otras reglas que prevé el artículo 127.

La fracción VI establece como causal de huelga el apoyar una huelga que tenga por objeto alguno de los enumerados en las fracciones anteriores. Se trata de la huelga por solidaridad, que rebasa los muros del centro de trabajo; tanto el sindicato titular del contrato como una coalición de trabajadores estarán legitimados para promover el emplazamiento a huelga, pues éste no tendrá repercusiones en la fijación, revisión o violación de las condiciones de trabajo, por lo que faltará el elemento permanencia que caracteriza la facultad de los sindicatos para emplazar a huelga. Por tanto, el sindicato de la empresa podrá solidarizarse con otro que haya promovido una huelga o se puede formar una coalición que tenga por objeto apoyarla. En este caso el equilibrio entre los factores de la producción se obtendrá respecto de las partes contratantes en la empresa en que estalló inicialmente la huelga, y no en la que se desempeñan los trabajadores coaligados o sindicalizados que promovieron la huelga por solidaridad.

Ahora bien, habrá que analizar la suerte de la huelga por solidaridad respecto de lo que ocurra con la huelga original. El artículo 469 de la Ley Federal del Trabajo prevé las causas de terminación de la huelga: Acuerdo entre las partes, allanamiento del patrón, laudo arbitral o sentencia del tribunal. En tales casos, como consecuencia de la terminación de la huelga principal, también deberá cesar la huelga estallada por solidaridad, situación no prevista en la ley, pero que es la lógica consecuencia de la terminación del estado de huelga principal, pues con ello desaparece el objeto que persiguió la huelga de apoyo a la original y procederá su terminación por carecer de objeto y la reanudación de las actividades laborales.

La huelga por solidaridad tiene tres importantes limitaciones: no podrá declararse cuando la huelga principal tenga por objeto la revisión de los salarios

contractuales, como se advierte de su ubicación en la fracción VI del artículo 450 que dispone que el apoyo se podrá dar a una huelga que tenga por objeto alguno de los enumerados en las fracciones anteriores; en tanto que es la fracción VII la que contiene la causal de revisión salarial contractual, lo que se justifica por el hecho de que los tabuladores salariales se fijan en función de la situación económica concreta de cada centro de trabajo, cuya condición financiera particular impide que se le iguale con los niveles salariales de otros centros laborales.

Otra limitante es que la huelga por solidaridad no podrá suspender la tramitación de los conflictos colectivos de naturaleza económica pendientes ante el Tribunal, pues en ese caso no existirá el vínculo económico entre ambos mecanismos para modificar las condiciones de trabajo. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 448 de la ley: "No es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior (suspensión de la tramitación de los conflictos colectivos de naturaleza económica pendientes ante el Tribunal) cuando la huelga tenga por objeto el señalado en el artículo 450, fracción VI (huelga por solidaridad)".

La última limitante se da en relación con el pago de salarios caídos, pues el último párrafo, *in fine*, del artículo 937 de la Ley Federal del Trabajo, dispone: "En ningún caso será condenado el patrón al pago de los salarios de los trabajadores que hubiesen declarado una huelga en los términos del artículo 450 fracción VI de esta ley". Lo anterior se justifica por el hecho de que la huelga no fue planteada contra el centro de trabajo cuyo sindicato o coalición se solidarizó con una huelga estallada en diverso lugar, por lo que no puede declararse en su contra la imputabilidad ni, consecuentemente, tener responsabilidad económica alguna de un conflicto colectivo que le es ajeno.

Por otra parte, la declaración de inexistencia o ilicitud de la huelga principal afecta la subsistencia de la huelga por solidaridad, que incluso deberá tener la condición de que la huelga apoyada haya sido declarada legalmente existente o lícita una vez tramitado el incidente correspondiente de conformidad con los artículos 930 y 933. Por tanto, aunque la ley no lo prevé en su artículo 469 como causa de terminación de la huelga, la parte interesada podrá promover un incidente para

que se declare sin materia la huelga por solidaridad cuando la huelga principal se declare inexistente o ilícita o haya terminado.

La última causal de huelga la prevé la fracción VII en relación con la revisión de los salarios contractuales, que se hará año con año de conformidad con el artículo 399 bis de la ley laboral, ello por los aumentos salariales que deben operar en función de la inflación. Respecto de esa causal, es importante destacar que el artículo 393 dispone que no producirá efectos de contrato colectivo el convenio al que falte la determinación de los salarios, lo que se explica por el hecho de que la relación de trabajo se caracteriza por la prestación de un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario, como lo prevé el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo. Siendo así, esos dos factores, la pérdida del poder adquisitivo del salario y el constituir un elemento de la relación laboral, determinan la necesidad de revisar anualmente los salarios contractuales y ello, a su vez, justifica que el salario constituya una causa de huelga.

Pero no sólo eso, sin duda que la huelga es la institución laboral claramente permeada por la lucha de clases y por su naturaleza es el mecanismo que le permite al sindicato medir sus fuerzas y aun vencer a las del patrón, basadas en su poderío económico; siendo constitucionalmente válido que los organismos sindicales le arranquen por la fuerza de la unión de los trabajadores en la acción colectiva, mejores condiciones de trabajo y mayores salarios que disminuyan el diferencial económico obtenido por los patrones a través de la plusvalía del trabajo. La Constitución en el artículo 123, expresión de las luchas sociales, consagra a favor de la clase trabajadora un mínimo de garantías y el objeto del derecho colectivo de trabajo y de la acción sindical es aumentarlas a través de la acción sindical. He ahí la razón más contundente del aumento salarial como objeto de la huelga.

El procedimiento de huelga

El artículo 920 de la Ley Federal del Trabajo señala que el procedimiento de huelga iniciará con la presentación del pliego de peticiones, que debe cumplir los

siguientes requisitos: Dirigirse por escrito al patrón, con las peticiones, el anuncio de ir a la huelga, señalando su objeto y el día y hora para la suspensión de labores; presentarse por duplicado con seis días de anticipación o diez días en servicios públicos; si se persigue la celebración de un contrato colectivo o ley, anexar la constancia de representatividad, o para su revisión, el certificado de registro del contrato ante el Centro o la constancia de haberlo solicitado.

De tales requisitos, es de nuevo cuño el de la representatividad a que se refiere el artículo 390 bis de la Ley Federal del Trabajo, que dispone en su primer párrafo:

> Artículo 390 bis. Para solicitar la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial será indispensable que el sindicato obtenga del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral la constancia que acredite garantizar que cuenta con la representatividad de los trabajadores y dar así certeza a la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

Lo anterior está estrechamente vinculado con el ejercicio del derecho de huelga, por ser éste el mecanismo para obtener la celebración y firma de un contrato colectivo de trabajo o un contrato ley, y constituir un requisito de forma contar con la constancia de representatividad. El procedimiento de consulta para la obtención de esa constancia lo prevén las diferentes fracciones del artículo 390 bis de la ley.

La fracción I dispone que el sindicato solicitante deberá acreditar el respaldo de, por lo menos, el treinta por ciento de los trabajadores que quedarán cubiertos por el contrato, debiendo presentar el listado de los que apoyen su gestión y quedar así legitimado para entablar la negociación colectiva con el patrón o empresa. Demostrado tal apoyo, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral publicará en su sitio de internet el aviso de solicitud correspondiente, fijará dicho aviso en el centro de trabajo y solicitará al patrón que lo coloque al interior del centro laboral en los lugares de mayor afluencia para hacerlo del conocimiento de los trabajadores y de cualquier otro sindicato que desee obtener la referida constancia, a fin de que éste pueda promover su adhesión a la solicitud, para lo cual se apegará a las normas que establece el artículo 388 de la Ley; solicitud adhesiva que podrá presentarse por

escrito ante el Centro dentro de los diez días siguientes a la publicación del aviso de solicitud, debiendo acompañar el listado que acredite que cuenta con el respaldo de por lo menos el treinta por ciento de los trabajadores cubiertos por el contrato colectivo. No será impedimento para que se admita la solicitud adhesiva que los nombres de los trabajadores aparezcan en dos o más listados presentados por los sindicatos. La intención del sistema constitucional y legal de representatividad es que la negociación colectiva responda a la voluntad de los trabajadores, expresada a través del voto personal, directo, libre y secreto. El Centro tendrá la facultad de recabar informe de las autoridades para verificar la autenticidad del listado.

Si sólo promueve un sindicato, se tendrá por acreditada la representatividad si cuenta con el respaldo de por lo menos el treinta por ciento de trabajadores, y ante la concurrencia de sindicatos, la ley prevé que el derecho a negociar y celebrar el contrato colectivo se le asignará al que obtenga la mayoría de los votos conforme al artículo 388, con un mínimo de votación del treinta por ciento de los trabajadores cubiertos por el contrato colectivo que se pretende celebrar.

El concepto *mayoría* previsto en la ley se vincula al de trabajadores cubiertos por el contrato colectivo a que alude el artículo 396, que dispone que sus estipulaciones se extienden a todas las personas que trabajen en la empresa o establecimiento, aunque no sean miembros del sindicato que lo haya celebrado, salvo los trabajadores de confianza. En ese caso, el apoyo mayoritario previsto por los artículos 390 bis y 390 Ter comprende a todos los trabajadores de base que laboren en la empresa, dado que todos ellos van a verse beneficiados con el contrato colectivo, aunque no pertenezcan al sindicato contratante, lo que así se corrobora con el artículo 388 que resuelve el problema de concurrencia de sindicatos señalando: "I. Si concurren sindicatos de empresa o industriales o unos y otros, el contrato colectivo se celebrará con el que obtenga el mayor número de votos de los trabajadores dentro de la empresa". En esta interpretación, la representatividad vincula a la totalidad de trabajadores que presten sus servicios en la empresa, sean o no sindicalizados, ya que todos ellos quedarán cubiertos por el contrato colectivo de trabajo

.

Sin embargo, el hecho de que el artículo 390 bis exija la presentación de un listado de trabajadores que respalden la acción sindical, excluye la anterior interpretación, toda vez que el objeto perseguido por el sindicato es defender los intereses de los agremiados (artículo 356 de la ley) y no del total de trabajadores que se desempeñen en el centro de trabajo, sin que el hecho de que el contrato colectivo se haga extensivo a todos, traiga como consecuencia que el sindicato detente la representatividad del total; además, los datos del padrón sindical los tiene la organización respecto de los trabajadores que pertenecen al gremio, lo que hace obvio que el respaldo se lo darán sólo quienes se encuentren agrupados en el sindicato solicitante o, en su caso, en el adherente. El principio de libertad sindical incluye, entre otras, la posibilidad de que quienes ya laboran en la empresa no se afilien a ningún sindicato, por lo que no tendrán derechos ni obligaciones sindicales y, por tanto, estarán excluidos de participar en los procesos colectivos, aunque se beneficien del contrato que se celebre por la extensión que prevé la ley. La única excepción es su participación en el recuento dentro del incidente de inexistencia de la huelga, en el que participan el total de trabajadores, sean o no miembros del sindicato que estalló la huelga, pues ésta afectará sus intereses al impedirles que sigan prestando el servicio y continúen obteniendo el salario correspondiente.

Para la celebración de un contrato colectivo de trabajo inicial o para su registro o de un convenio de revisión, se tendrá que realizar la consulta a los trabajadores para obtener la constancia de representatividad o el apoyo mayoritario que exigen los artículos 390 bis y 390 Ter de la Ley Federal del Trabajo, cuyo elemento principal es el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores que pertenezcan al sindicato y no propiamente los cubiertos por el contrato colectivo de trabajo. Por tanto, es necesario establecer qué diferencia existe entre los procedimientos de celebración y registro de los contratos colectivos.

El artículo 390 bis dispone que para solicitar la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial deberá obtenerse la constancia de representatividad, de conformidad con el procedimiento contemplado en sus distintas fracciones, lo que incluye los supuestos de que el sindicato extrajudicialmente le solicite al patrón esa celebración o que le emplace a huelga para obtenerlo; para ambos ca-

sos deberá acreditar que cuenta con la representatividad de los trabajadores mediante la constancia expedida a su favor por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. En cambio, el artículo 390 Ter señala que para el registro de un contrato colectivo inicial o del convenio de revisión, el Centro verificará que su contenido sea aprobado por la mayoría de los trabajadores, conforme al procedimiento que prevén sus fracciones. En este caso, el sindicato y la empresa que acuerden los términos de un contrato colectivo inicial o de un convenio de revisión, acudirán ante el Centro a fin de registrarlo (artículo 390), lo cual estará condicionado a que su contenido sea aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos por esos instrumentos, reiterando la aclaración de que será la mayoría de los trabajadores sindicalizados.

La primera cuestión que surge es si para la celebración del contrato colectivo inicial se tendrá que realizar un procedimiento de consulta para obtener la constancia de representatividad, que es la que legitimaría al sindicato solicitante para proceder a la negociación colectiva o al emplazamiento a huelga y así acreditarle al patrón o al tribunal que cuenta con la representación de los trabajadores; y, además, ya firmado el contrato de manera extrajudicial o mediante el emplazamiento a huelga, tendrá que realizarse otra consulta para validar su registro.

Veamos, para obtener la constancia de representatividad, el artículo 390 bis de la Ley Federal del Trabajo dispone que se tendrá acreditada la representatividad cuando el sindicato cuente con el respaldo de por lo menos el treinta por ciento de los trabajadores cubiertos por el contrato colectivo; y en caso de concurrencia de sindicatos, el derecho a negociar y celebrar el contrato colectivo, corresponderá al que obtenga el mayor número de votos, que no necesariamente significa mayoría respecto del total de trabajadores del centro laboral, sino que puede serlo respecto del treinta por ciento de trabajadores que respalden la petición de los sindicatos, que incluso podrán contar con los mismos nombres de trabajadores, ya que de acuerdo con el artículo 390-bis, fracción II, no será obstáculo que los trabajadores sindicalizados aparezcan en las dos listas presentadas.

En cambio, para el registro del contrato colectivo inicial o del convenio de revisión, el artículo 390 Ter exige que su contenido sea aprobado por la mayoría

de los trabajadores cubiertos por el contrato, esto es, un número mayor al que se requiere para solicitar y acreditar la representatividad.

La explicación se encuentra en el hecho de que para iniciar la negociación colectiva se requiere de un número mínimo de trabajadores que apoyen la solicitud de expedición de la constancia de representatividad, en tanto que para la aprobación del contenido del contrato colectivo ya celebrado o el convenio de revisión del ya existente, cuyo registro se pretende, se requiere obtener el apoyo mayoritario en el centro laboral, toda vez que en las instituciones del derecho colectivo de trabajo el elemento definitorio es el apoyo de la mayoría. Así, en la disputa por la contratación colectiva, la fracción II del artículo 388 de la Ley Federal del Trabajo reconoce el derecho a celebrarlo al sindicato que obtenga el mayor número de votos dentro de la empresa; en tanto que el artículo 389 sanciona la pérdida de esa mayoría con la de la titularidad del contrato colectivo de trabajo.

Por otra parte, resulta importante determinar si la exhibición de la constancia de representatividad constituye un requisito de procedibilidad de la huelga. Al respecto, es importante tener presente el texto de los siguientes artículos:

> Artículo 390 Ter.
> IV. En caso de que el contrato colectivo de trabajo inicial o el convenio de revisión no cuente con el apoyo mayoritario de los trabajadores cubiertos por el mismo, el sindicato podrá:
> a) Ejercer su derecho a huelga, en caso de haber promovido el emplazamiento correspondiente, y
> b) Prorrogar o ampliar el periodo de prehuelga con el objeto de continuar con la negociación y someter el acuerdo a nueva consulta, observando lo establecido en la fracción V del artículo 927 de esta Ley.
> Artículo 927.
> En caso de que el contrato colectivo de trabajo inicial o el convenio de revisión del contrato colectivo no sea aprobado por los trabajadores en términos de lo previsto por el artículo 390 Ter, fracción II, el sindicato podrá prorrogar el periodo de prehuelga hasta por quince días. No obstante, cuando las circunstancias así lo ameriten, el Tribu-

> nal podrá autorizar que la prórroga se extienda hasta por un máximo de treinta días, siempre y cuando el sindicato así lo solicite y justifique al momento de promoverla.

Lo anterior, además de incongruente con los principios de representatividad y de mayoría, resulta contrario a lo ordenado por la fracción IV del diverso artículo 920:

> IV. Cuando el procedimiento de huelga tenga por objeto obtener del patrón o patrón o patrones la celebración del contrato colectivo en términos del artículo 450, fracción II de esta Ley, se deberá anexar al emplazamiento a huelga la Constancia de Representatividad expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, conforme al procedimiento establecido en el artículo 390 bis [...]

En efecto, la contradicción es manifiesta, pues si la fracción IV del artículo 920 de la Ley Federal del Trabajo establece la obligación de anexar al emplazamiento a huelga la referida constancia de representatividad cuando se pretenda la celebración del contrato colectivo, su falta de exhibición actualizaría uno de los supuestos del artículo 923 por los cuales el Tribunal no deberá dar trámite al escrito de emplazamiento a huelga:

> Artículo 923. No se dará trámite al escrito de emplazamiento de huelga cuando éste no sea formulado conforme a los requisitos del artículo 920 o sea presentado por un sindicato que no sea el titular del contrato colectivo de trabajo, o el administrador del contrato ley, o cuando se pretenda exigir la firma de un contrato colectivo, no obstante existir ya uno depositado ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, salvo que dicho contrato no haya sido revisado en los últimos cuatro años. El Tribunal, antes de iniciar el trámite de cualquier emplazamiento a huelga, deberá cerciorarse de lo anterior y notificarle por escrito la resolución al promovente.

Lo anterior permite concluir que la constancia de representatividad expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral sí constituye un requisito de procedibilidad de la huelga, por lo que resulta contradictorio con

tal disposición la posibilidad de prórroga de la huelga en caso de que el contrato colectivo de trabajo inicial no contara con el apoyo mayoritario de los trabajadores cubiertos por el mismo. Pero, además, en este tema el legislador se embrolló, porque no advirtió las diferencias que existen entre celebrar un contrato colectivo de trabajo inicial o registrar uno de ellos o un convenio de revisión. A continuación, se precisarán esas diferencias:

> *1. Celebración de un contrato colectivo de trabajo inicial. El sindicato que lo pretenda tendrá dos opciones*
>
> *a) La vía extrajudicial.* En este caso el sindicato podrá acudir directamente ante el patrón para solicitarle entablar la negociación colectiva, con el fin de celebrar un contrato donde se pacten las condiciones colectivas de trabajo. Para ello deberá cumplir con lo ordenado por el artículo 390 bis de la Ley Federal del Trabajo: "Para solicitar la celebración de un contrato colectivo de trabajo inicial será indispensable que el sindicato obtenga del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral la Constancia de Representatividad […]".

Tal exigencia legal responde a garantizar los principios de representatividad en las organizaciones sindicales y la certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo. Así, tal constancia legitimará al sindicato que la obtenga para negociar con el patrón las condiciones colectivas de trabajo, como lo prevé el artículo 386 bis:

> Artículo 386 bis. El apoyo de los trabajadores mediante el voto personal, libre y secreto constituye una garantía para la protección de la libertad de negociación colectiva y sus legítimos intereses. La demostración de dicho apoyo conforme a los procedimientos establecidos en los artículos 390 bis y 390 Ter, es de orden público e interés social, por lo que es un requisito para la validez de los contratos colectivos de trabajo. Las autoridades, sindicatos y patrones coadyuvarán para que los procedimientos de consulta se organicen de tal forma que no se afecten las labores de los centros de trabajo.

En consecuencia, para que un sindicato esté legitimado para solicitarle directamente al patrón la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial, primero deberá agotar el procedimiento de consulta previsto por el artículo 390 bis de la ley laboral, a fin de obtener la constancia de representatividad.

b) *La vía judicial*. Éste será el caso en que el sindicato opte por emplazar a huelga al patrón, o se vea precisado a ello si el patrón se niega a la negociación extrajudicial, dado que es una obligación legal para el patrón que emplee trabajadores según dispone el artículo 387, párrafo segundo, de la ley laboral. El artículo 450, fracción II, prevé como objeto de la huelga: "Obtener del patrón o patrones la celebración del contrato colectivo de trabajo […]", (artículos 387, párrafo segundo, y 920-IV). Previo a la promoción del emplazamiento, el sindicato deberá solicitar al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral la expedición de la Constancia de Representatividad, dado que, como ya se vio, tal documento debe anexarse al escrito en que se promueva el emplazamiento a huelga. De esta manera, constituyendo la representatividad un requisito de procedibilidad, la ley garantiza que el sindicato se encuentre legitimado para ejercer la acción judicial.

Pues bien, la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial se puede obtener por negociación directa con el patrón o emplazándolo a huelga para exigirle su celebración; en ambos casos, el paso previo que deberá dar el sindicato será acudir al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral para obtener la constancia de representatividad para contar con la legitimación para negociar las condiciones de trabajo en representación de los trabajadores sindicalizados o para emplazar a huelga.

2. Registro del contrato colectivo de trabajo inicial o del convenio de revisión

La ley establece como condición para que surtan efectos jurídicos el contrato colectivo de trabajo inicial o el convenio de revisión que se celebre por escrito y que se deposite ante el Centro, debiéndose observar para ello el trámite administrativo

previsto por el artículo 390 del ordenamiento legal en cita. Ahora, previo a la solicitud de registro, deberá agotarse el procedimiento de consulta contemplado en el artículo 390 Ter, por el que se debe probar que el contrato o el convenio cuentan con el apoyo mayoritario de los trabajadores cubiertos por esos instrumentos.

Prevé la fracción tercera del último precepto que, de contar con el apoyo mayoritario de los trabajadores, en el caso del contrato colectivo de trabajo inicial se solicitará su registro conforme las disposiciones del artículo 390; y para los convenios de revisión se solicitará su aprobación en términos del artículo 399 Ter. En ambos casos queda excluido el procedimiento de huelga, pues si ya se acordaron los términos de uno u otro, el sindicato no tiene necesidad de hacer valer el objeto de la huelga previsto por la fracción II del artículo 450 de la ley ni, por ende, de acudir a un procedimiento que tiene por finalidad obligar al patrón a celebrar o a revisar el contrato colectivo de trabajo; por el contrario, ya se cuenta con el consentimiento patronal que aceptó negociar los términos del contrato inicial o revisar el ya existente, por lo que sólo faltará agotar el procedimiento de consulta que contempla el artículo 390 Ter para obtener la aprobación de la mayoría de trabajadores cubiertos por el contrato, conforme los lineamientos de las fracciones que integran tal precepto.

Es por esas razones que resulta inexplicable lo previsto en la fracción IV del artículo 390 Ter y en la fracción V, párrafo segundo, del artículo 927 de la ley laboral ya transcritas.

En efecto, es absurdo porque el artículo 390 Ter prevé el procedimiento para registrar los contratos colectivos iniciales o los convenios de revisión fuera de procedimiento judicial, pues se realiza por la vía administrativa ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, para la comprobación del sindicato solicitante de que cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores. Por tanto, no habrá la posibilidad de que se prorrogue un periodo de prehuelga inexistente, pues a la solicitud de registro no la precede un emplazamiento a huelga, que será del todo innecesario si ya sindicato y patrón se pusieron de acuerdo en el contenido del contrato colectivo de trabajo inicial o ya plasmaron su acuerdo en un convenio de revisión, y sólo resta su registro mediante el procedimiento del artículo 390 Ter.

Además, lo así previsto en tales preceptos resulta contrario a lo ordenado por la fracción IV del diverso artículo 920:

> IV. Cuando el procedimiento de huelga tenga por objeto obtener del patrón o patrón o patrones la celebración del contrato colectivo en términos del artículo 450, II de esta Ley, se deberá anexar al emplazamiento a huelga la Constancia de expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, conforme al procedimiento establecido en el artículo 390 bis;
>
> En conclusión, si el sindicato que emplace a huelga no exhibe la constancia de representatividad, ni siquiera se dará trámite al emplazamiento y, por ende, no podrá actualizarse el supuesto de que el contrato colectivo no cuente con el apoyo mayoritario y por ello pueda prorrogarse un período de prehuelga que en esas circunstancias no podría existir.

La conciliación en la huelga

La reforma laboral constitucional de 24 de febrero de 2017 determinó la creación de organismos públicos descentralizados con la competencia de conciliar los asuntos laborales, así como de Tribunales de los Poderes Judiciales Federal y de los Estados para el conocimiento y solución de las controversias en materia de trabajo. Tratándose de los conflictos de huelga, el artículo 920 de la Ley Federal del Trabajo ordena que el pliego de peticiones se presente por duplicado ante el tribunal competente (F-II); y para efectos de la conciliación que constitucionalmente es competencia de los Centros de Conciliación, el artículo 921 bis prevé que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, el Tribunal notifique al Centro de Conciliación competente para que intervenga dentro del periodo de prehuelga a fin de avenir a las partes. Sin embargo, aunque el precepto prevé que el Centro tendrá facultad de citarlas para negociar y celebrar pláticas conciliatorias, no permite que esa función la desarrolle en sus propias instalaciones, sino que tendrá que hacerlo ante el Tribunal, para lo cual podrá asignar conciliadores ante éste.

Es importante remarcar que el eje del procedimiento de huelga es el Tribunal, al que el artículo 926 de la ley faculta para citar a las partes a la audiencia de conciliación y desarrollarla con el conjunto de atribuciones que le otorga el artículo 927. En ella podrá intervenir el conciliador del Centro de Conciliación competente para procurar avenirlas, pero si no estuviera presente, tal encomienda la realizaría el juez, ya que el desarrollo del procedimiento está ceñido a términos perentorios dada la fecha señalada para el estallamiento de la huelga. Ello explica que la ley en los artículos 921 bis y 926 utilice las expresiones "podrán asignar conciliadores ante el Tribunal" y "podrá intervenir el conciliador", toda vez que los efectos del aviso de suspensión de labores no se suspenderán por la audiencia de conciliación (artículo 927-IV), ni mucho menos porque el conciliador no asistiera o llegara tarde a la audiencia.

Particularidades de la ley reformada para el procedimiento de huelga

En términos generales, se mantuvieron las disposiciones relativas a la huelga contenidas en la anterior Ley Federal del Trabajo, con las siguientes novedades:

a) El artículo 920 agrega como requisitos para la presentación del pliego de peticiones, que se anexe al emplazamiento a huelga la Constancia de Representatividad expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, cuando el procedimiento tenga por objeto obtener del patrón o patrones la celebración del contrato colectivo de trabajo o el contrato-ley (F-IV y V); o que se anexe el Certificado de Registro del contrato colectivo, expedido por el propio Centro (F-VI), cuando el objeto sea su revisión, exigir su cumplimiento cuando hubiese sido violado, exigir el cumplimiento de las disposiciones legales sobre participación de utilidades, la huelga por solidaridad, o la revisión de los salarios contractuales.

Ya se comentó en el apartado anterior que la Constancia de Representatividad acredita la legitimación del sindicato para la negociación colectiva y para obtener la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial o la revisión del ya existen-

te, pues con ello puede actuar en representación de los trabajadores integrantes del gremio; en tanto que el certificado de registro acredita la existencia del contrato colectivo que se solicita sea registrado. Ahora bien, en términos del artículo 440 de la Ley Federal del Trabajo el titular de la huelga es la coalición de trabajadores y el artículo 441 les da ese carácter permanente a los sindicatos de trabajadores. Por tanto, sin un sindicato pretende formular un emplazamiento a huelga, previamente deberá obtener la Constancia de Representatividad si el objeto es obtener la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial, o el Certificado de Registro, si el objeto perseguido con la huelga es alguno de los otros señalados en el párrafo precedente.

En relación a lo anterior cabe comentar el objeto de huelga previsto por la fracción V del artículo 450 de la ley, esto es, el relativo a la exigencia de cumplimiento de las disposiciones legales sobre participación de utilidades, causal que puede ser alegada tanto por un sindicato como por una coalición de trabajadores, como lo previene el artículo 121, fracción II: "Dentro de los treinta días siguientes, el sindicato titular del contrato colectivo o la mayoría de los trabajadores de la empresa, podrá formular ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las observaciones que juzgue convenientes […]".

Tal supuesto se prevé en la fracción VI del artículo 920, por el que se obliga al promovente de la huelga anexar al escrito de emplazamiento el certificado de registro del contrato colectivo expedido por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral o, en su caso, el acuse de recibo del escrito en que se solicitó dicho certificado. Dicho requisito no debería exigirse tratándose de la causa de huelga de la fracción V del artículo 450 de la ley, toda vez que la acción colectiva no tiene vinculación con el contenido del contrato colectivo de trabajo ni éste juega como legitimador de la pretensión de que el patrón cumpla con las disposiciones legales sobre participación de utilidades, al grado de que esa facultad le está reconocida también a una coalición mayoritaria de trabajadores, que no detenta la titularidad del contrato colectivo de trabajo. En realidad, el procedimiento de huelga tendrá como campo de análisis la documentación base de la declaración anual de impuesto sobre la renta exhibida por el patrón ante la Secretaría de

Hacienda, por lo que ningún objeto podrá conseguirse con que el sindicato o la coalición de trabajadores exhiban el certificado de registro o la copia de solicitud, del contrato colectivo de trabajo.

Por tanto, no sería necesario cumplir con tal requisito del artículo 920 de la ley ni la omisión de exhibir el documento podría ser justificación del Tribunal para no dar trámite al escrito de emplazamiento a huelga conforme a la prevención del artículo 923, vinculada al primer dispositivo. Incluso, tratándose de la coalición de trabajadores, estaría por verse si el criterio de los tribunales conviniera en que una coalición de trabajadores tuviera la facultad de solicitar la constancia de registro de un contrato del que no es titular. Obviamente que la parte del artículo 923 que prevé: "No se dará trámite al escrito de emplazamiento de huelga cuando […] sea presentado por un sindicato que no sea titular del contrato colectivo de trabajo […]", no puede ser interpretada incluyendo a las coaliciones de trabajadores, dado que la legitimación para formular el emplazamiento a huelga se la otorga el diverso artículo 121, fracción II, y en ese contexto debe establecerse el alcance del artículo 923 en la parte transcrita.

b) El artículo 923 establece como causa para no dar trámite al escrito de emplazamiento a huelga, cuando se pretenda exigir la firma de un contrato colectivo, la existencia de uno ya depositado ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. Tal limitante fue materia de la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 1980 y constituyó la legitimación del contrato colectivo de trabajo de protección patronal, pues antes de la reforma era práctica socorrida que ante la presentación de un emplazamiento a huelga gestionado por un sindicato independiente, la oficialidad obrero-empresarial se apresuraba a aparentar la existencia de un contrato colectivo y depositarlo ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, para contrarrestar la acción sindical que legítimamente pugnaba por la contratación colectiva. Un criterio de la Suprema Corte de Justicia limitó tales argucias, estableciendo como requisito para la actualización del supuesto de improcedencia en el trámite de la huelga, que el contrato colectivo de trabajo hubiera sido depositado en fecha anterior a la del emplazamiento a huelga:

> Emplazamiento a huelga. Cuando su única finalidad es la firma de un contrato colectivo de trabajo, la existencia de uno diverso depositado con posterioridad a la admisión a trámite de aquél no genera la conclusión del procedimiento. Al interpretar el alcance del artículo 923 de la Ley Federal del Trabajo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 2a./J. 80/98 (*), de rubro: 'Huelga. Debe darse por concluido el procedimiento relativo, en cualquier etapa en que se encuentre, cuando se acredite la celebración del contrato colectivo de trabajo por el patrón, si ésta es la única finalidad de la suspensión de labores', estableció que debe darse por concluido el procedimiento de huelga para celebrar el contrato colectivo, cuando el presidente de la Junta de Conciliación y Arbitraje, al verificar los requisitos de procedibilidad relativos, constate la existencia de un pacto colectivo celebrado con el patrón depositado en dicho órgano jurisdiccional, aun cuando esta constatación se realice con posterioridad a la admisión a trámite del emplazamiento a huelga, con el fin de evitar daños y consecuencias para las partes o terceros; sin embargo, este criterio es inaplicable cuando el pacto contractual se depositó con posterioridad al emplazamiento, pues estimarlo así anularía el derecho a obtener la firma de un pacto colectivo más benéfico para los trabajadores, en el que se tengan mejores prestaciones a las señaladas en la ley. [2]

Así preserva la jurisprudencia del más Alto Tribunal el derecho de los sindicatos a obtener mejores condiciones de trabajo para sus integrantes, cumpliendo la misión encomendada por el artículo 365 de la Ley Federal del Trabajo. Tal criterio, aunque es anterior a la reformada ley laboral en 2019, es aplicable por no contradecir el objeto del citado artículo 923.

Por otra parte, con la reforma laboral de 1 de mayo de 2019 se estableció una salvedad: salvo que dicho contrato no haya sido revisado en los últimos cuatro años [...].

La adición está vinculada a la obligación impuesta por el artículo décimo primero transitorio de dicha reforma:

---

[2] *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 56/2017, publicación: viernes 07 de julio de 2017 10:14 horas.

> Décimo Primero. Con el fin de cumplir el mandato del artículo 123, apartado A, fracciones XVIII, segundo párrafo y XXII bis de la Constitución y los compromisos asumidos por el Estado mexicano, los contratos colectivos de trabajo existentes deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor de este Decreto.
> […]
>
> Si al término del plazo fijado en el primer párrafo de este artículo el contrato colectivo de trabajo sujeto a consulta no cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores o se omite realizar la consulta mencionada, éste se tendrá por terminado, conservándose en beneficio de los trabajadores las prestaciones y condiciones de trabajo contempladas en el contrato colectivo sujeto a revisión, que sean superiores a las establecidas en esta Ley, las que serán de aplicación obligatoria para el patrón.

Tal artículo transitorio matiza la improcedencia del emplazamiento a huelga cuando se pretende la firma del contrato colectivo de trabajo y ya existe uno depositado ante el CFCRL, pero que ha inmovilizado las relaciones colectivas de trabajo al no haber sido revisado en los cuatro años posteriores a la vigencia de la ley, lo que resulta un golpe directo contra el corporativismo sindical y el contrato de protección patronal, dándole movilidad democrática a la contratación colectiva y evitando la simulación en perjuicio de los trabajadores.

c) Prueba de recuento. Al igual que la legitimación para la negociación colectiva y el registro de los contratos iniciales o convenios de revisión, la prueba de recuento para el incidente de inexistencia de la huelga descansa en el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores (artículo 931-VIII), que a través de ese mecanismo decidirán si la huelga estallada cuenta o no con el apoyo de la mayoría de los trabajadores, que es el requisito establecido para suspensión de los trabajos en la fracción II del artículo 451 de la ley.

Es de mucha trascendencia la adopción por la ley de ese sistema de votación, toda vez que con ello se supera la votación a mano alzada o por conducto de representantes que regía anteriormente y que inhibía el voto razonado de los trabajadores sindicalizados, que cuando se decidían a hacerlo libremente se

exponían a las represalias de los líderes sindicales, que en la oscura época del corporativismo impusieron un régimen de terror para perpetuarse en la dirigencia del gremio y mantener a salvo los intereses de su aliado corporativo, el sector patronal.

Cabe señalar que la causa en que se funde el incidente de inexistencia de la huelga (artículo 451 de la ley) debe ser acreditada por el promovente del incidente, por lo que la prueba de recuento debe ofrecerla él, en el escrito de solicitud de inexistencia, acompañando el listado de los trabajadores que serán consultados para que se le corra traslado a la parte contraria (artículo 931-V). El Tribunal deberá asegurar la secrecía del voto conforme los lineamientos de la fracción X del artículo 931 de la ley.

d) Otra de las novedades se contiene en el artículo 937 de la ley laboral, es el relativo al sometimiento del conflicto de huelga a la decisión del Tribunal, derecho del que podrá hacer uso el patrón cuando la huelga se extienda por más de sesenta días. Es evidente que con esa reforma el legislador le quitó filo a la huelga, que constituye un mecanismo de presión contra el patrón para obligarlo a satisfacer las peticiones del sindicato emplazante. Anteriormente la huelga podía alargarse de manera indefinida, y en ello encontraba el sindicato la posibilidad de arrancar al patrón las prestaciones reclamadas en el emplazamiento. Ahora cesa esa presión, pues el patrón podrá acortar la duración de la suspensión de labores y evitar mayores pérdidas económicas.

Conclusiones

a) La reforma laboral constitucional y legal sentó las bases para la democracia sindical, dejando en manos de los trabajadores la decisión de los aspectos vinculados a las relaciones colectivas de trabajo, como son la negociación y contratación colectivas, la elección de los dirigentes sindicales y las disputas por la titularidad del contrato colectivo de trabajo.

b) Se establecen en la ley procedimientos de consulta mediante el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores, para legitimar la actuación de los sindicatos en la negociación colectiva con los patrones y en la celebración o registro de los contratos colectivos de trabajo iniciales y los convenios de revisión.

c) Tal mecanismo de consulta tiene reflejo en el emplazamiento a huelga, cuando su objeto es la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial, pues deberá anexarse al escrito respectivo la Constancia de Representatividad expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

d) No se dará trámite al escrito de emplazamiento a huelga si se pretende exigir la firma de un contrato colectivo de trabajo, no obstante existir ya uno depositado ante el Centro, salvo cuando dicho contrato no haya sido revisado en los últimos cuatro años, con lo que la ley pone en movimiento la democracia sindical y se evita el contrato de protección patronal. Se completa el objeto protector de la ley de la libertad de contratación colectiva, con la jurisprudencia de la Suprema Corte que estableció otra salvedad cuando el contrato colectivo haya sido depositado con fecha posterior a la del emplazamiento a huelga.

e) La audiencia de conciliación en el procedimiento de huelga se desarrollará ante los tribunales competentes y en ella podrán intervenir los conciliadores de los Centros de Conciliación a fin de procurar avenir a las partes. Sin embargo, el juez será el rector del procedimiento y desarrollará la parte de la conciliación si no está presente el conciliador.

f) En caso de que el contrato colectivo de trabajo inicial o el convenio de revisión no sean aprobados por los trabajadores en términos del artículo 390 Ter, no podrá existir un procedimiento de huelga ni la prórroga del periodo de prehuelga, pues dicho dispositivo prevé el procedimiento para su registro, que implica que la parte patronal ya dio su consentimiento para celebrar el inicial o para pactar el convenio de revisión, supuestos en los que no habría objeto para el ejercicio del derecho de huelga.

g) El recuento que se ofrezca dentro del incidente de inexistencia de la huelga deberá realizarse mediante el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores, respecto de lo que el Tribunal deberá asegurar la secrecía del voto.

h) El sometimiento de la huelga a la solución del Tribunal podrán promoverlo tanto el sindicato como el patrón, éste cuando la suspensión de labores sobrepase los sesenta días.

Referencias

Alcalde, Arturo, Alma Ruby Villarreal & Eugenio Narcia (2019). *Ley Federal del Trabajo. Reforma 2019 comentada*. México: Porrúa.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2017). *Diario Oficial de la Federación*, 24 de febrero de 2017.

H. Congreso de la Unión (2019). "Ley Federal del Trabajo". *Diario Oficial de la Federación,* núm. 1, t. DCCLXXXVIII, 1 de mayo de 2019, Ciudad de México.

El derecho al empleo y el fracaso del constitucionalismo social

Eduardo Pérez Alonso [1]

De la independencia a la identidad mexicana

La Guerra de Independencia mexicana finalizó con la entrada del Ejército Trigarante a la Ciudad de México en 1821, y con ello se inició la historia de México como una nación independiente que, a pesar de ya no pertenecer a la Monarquía Española, heredó de ella la organización social, marcada fuertemente por un sistema de explotación contra el que se luchó durante años con más o menos éxito. La Independencia, explica Octavio Paz en *El laberinto de la soledad*, fue:

> Una guerra de clases, y no se comprenderá bien su carácter si se ignora que, a diferencia de lo ocurrido en Sudamérica, fue una revolución agraria en gestación. Por eso el ejército (en el que servían 'criollos' como Iturbide), la Iglesia y los grandes pro-

[1] Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Doctor en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo. Director y profesor de Tiempo Completo de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

> pietarios se alinearon a la Corona española. Esas fuerzas fueron las que derrotaron a Hidalgo, Morelos y Mina.[2]

El país no sólo tuvo que enfrentarse a problemas internos (una economía destrozada y un sistema de castas muy presente), sino también a amenazas externas. Así, la naciente nación fue invadida por Francia o Estados Unidos de América sin que ésta tuviese los medios para luchar contra ellos, sufriendo una profunda merma en su seguridad. A pesar de esto, aunque también derivado de esto se comenzó a construir un concepto de *identidad nacional* en tanto que la guerra dejó de ser entre ellos para volverse contra los otros, es decir, los otros, los que venían desde afuera.

Bajo esta latente amenaza se puede comprender por qué durante aquellos primeros años del México independiente parecía tan importante la creación de una identidad. Sin embargo, el proceso para llegar a ella no era del todo claro, ya que esta nueva nación ya no era parte de la Monarquía Española, pero tampoco eran completamente indígenas, de suerte que el concepto de *identidad* se volvió diáfano, confuso. No obstante las guerras contra los otros los unían, las luchas por el poder continuaron. La constitución de la nación significaba unir al país de una sola definición que englobase a todos, sin embargo, en el balance final fueron poco los incluidos. Así, el país se movió continuamente de un régimen político a otro, de República a Monarquía y viceversa, algunos cambiaron de bando según sus intereses y otros más terminaron huyendo. Carlos Monsiváis, en *Identidad nacional*, afirma finamente sobre este tema:

> La atmósfera de las vaguedades, el reino de las atribuciones. Según el gobierno, la 'Identidad Nacional' es la esencia de lo dócil, el espíritu popular que anida en todas las clases sociales (de acuerdo con este criterio, la burguesía, por mexicana, también es popular a su modo), el *via crucis* histórico que culmina en la obediencia de sus instituciones.[3]

---

[2] Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad*, México, FCE, 2014, p. 133.

[3] Monsiváis, Carlos, "Identidad nacional. Lo sagrado y lo profano", en *Revista de la Universidad de México*, 1994, pp. 55-61.

Durante estos primeros años, México tuvo que enfrentarse a la violencia sistemática. Ello afectó otras esferas de la dinámica social, de manera que otra de las peculiaridades del periodo fue la cantidad significativa de desplazados y de muertos sin nombre, así como las pésimas condiciones de trabajo. Aparejado con esto tenemos los altos índices de analfabetismo que tendieron a facilitar la indefensión de buena parte de la población, así como el hecho que la ley y el poder se mantuvieron siendo patrimonio de un círculo muy cerrado.

A la desolación material siguieron cinco décadas de inseguridad en los caminos, inestabilidad política, onerosísimas guerras civiles e internaciones, tras de las cuales el país separó la Iglesia del Estado y encontró finalmente una forma política estable (méritos ambos de Benito Juárez y su generación liberal) y alcanzó, bajo el régimen de Porfirio Díaz, un notable progreso material.[4]

Empero hay que poner sobre la mesa la ambivalencia del Porfiriato, pues la paz y el progreso del régimen tendió a ser constituida sobre la represión y el autoritarismo. Las leyes sirvieron para alcanzar los fines políticos y económicos, aún a costa de los derechos y la integridad de las clases obreras y campesinas; en la comunidad internacional se hablaba de un México que se abría paso a la era industrial,[5] mientras que a su interior el progreso sólo alcanzaba a una determinada clase social, en tanto que muchos otros eran explotados y despojados.

No es de extrañar, entonces, que tras treinta años de dictadura estallase una revuelta popular, la cual fue el resultado de una serie de malestares sociales que llevaba gestándose años y que había pasado por múltiples revueltas, cambios e institucionalizaciones. El Porfiriato había sido un régimen que buscó encarnizadamente alcanzar su concepto de *progreso*, el cual muchas veces significó pasar por encima de los derechos de la mayoría de los ciudadanos. La búsqueda incesante de

---

[4] Krauze, Enrique, "El grito de México", *Letras Libres*, 19 de septiembre de 2010.

[5] Se puede mencionar, por ejemplo, la entrevista que Porfirio Díaz tuvo con James Creelman, y que fue traducida por *El Imparcial* en 1908, la cual terminó por ser una mecha para la posterior revolución con la siguiente frase dicha por Díaz: "No importa lo que al respecto digan mis amigos y partidarios; me retiraré cuando termine el presente periodo y no volveré a gobernar otra vez".

la modernización nacional tendió a priorizar la tropicalización de modelos sociales, económicos y tecnológicos, y con ello tendió a ocultar o ignorar los problemas endémicos de la realidad del país.[6]

Una de las premisas del régimen fue el mostrar que México era un país industrializado y estable que, aunque en el pasado había sufrido rachas pedregosas, había logrado zanjar los conflictos internos. Sin embargo, detrás de toda la estructura de modernización y progreso se escondió una violencia estatal que permitió la constitución de leyes para proteger a hacendados, latifundistas y grandes compañías, pisoteando con ello al resto de los estratos sociales. Octavio Paz señala que el Porfiriato:

> Organiza el país, pero prolonga un feudalismo anacrónico e impío que nada suavizaba (las Leyes de las Indias contenían preceptos que protegían a los indios). Estimulaba el comercio, construye ferrocarriles, limpia las deudas de la Hacienda Pública y crea las primeras industrias modernas, pero abre las puertas al capitalismo anglonorteamericano. En esos años México inicia su vida de país semicolonial.[7]

Las condiciones de la mayor parte de la población a lo largo del país eran difíciles. Lo anterior pese a que, por primera vez desde su vida independiente, se había logrado paliar la deuda externa, llevando a cabo un proceso de modernización e industrialización sin precedentes, siendo un ejemplo simbólico el tendido de la red ferroviaria que a travesaba todo el país. Así, muy a pesar de lo descrito se vivían procesos sistémicos de autoritarismo y violencia, como lo fueron las masacres de los pueblos indígenas, un ejemplo de ello es la Guerra del Yaqui;[8] o

---

[6] Esto devino principalmente en la idea de Francia como un país al que se debía aspirar a ser, por ello la arquitectura, la cultura y la moda se vio fuertemente influenciada por ese país. El francés era considerado el idioma de las familias de clase alta y cercanas al gobierno que, sin haber pisado ni una vez Francia, hablaban con nostalgia sobre éste. Esquinca, Julenne, "Porfiriato: El afrancesamiento mexicano", *Excélsior*, 2015.

[7] Paz, Octavio, *op. cit.,* p. 141.

[8] La Guerra del Yaqui venía gestándose desde épocas de la Colonia, y aunque se fue haciendo

la normalización de las jornadas de trabajo de doce horas diarias con salarios que no alcanzaban a cubrir las necesidades básicas.

La élite que se construyó al abrigo del régimen aprovechó los recursos proporcionados por éste para apropiarse de grandes extensiones de tierras productivas, amparándose en los resquicios otorgados con la proclama de "terrenos baldíos" construida por la Ley sobre Ocupación y Enajenación de Terrenos Baldíos, que actuó durante años como la herramienta jurídica que facilitó el despojo tierras. Estas políticas de desarrollo agrario, que privilegiaron a compañías extranjeras y a grandes propietarios, contribuyeron al abuso, explotación y despojo de comunidades rurales e indígenas que carecían de títulos de propiedad y cuyos terrenos eran declarados baldíos por las propias compañías.[9]

Bajo este escenario resulta lógico que una de las principales consignas al estallar la Revolución fuese que la tierra volviese a ser de quienes la trabajaban, sobre todo cuando gran parte de los despojados habían tenido que huir de la violencia y el abandono para terminar trabajando en lugares donde eran explotados por sueldos míseros. El lema "Orden y progreso", adoptado durante el Porfiriato, nos permite observar y sintetizar la manera en la que México se formó en aquellos años. De esta manera la paz que se consiguió fue con base en la explotación e invisibilización de gran parte de su población[10] que, bajo este régimen, vio mermado su bienestar. Así lo referencia atinadamente Octavio Paz cuando señala:

---

más encarnizada entre 1870 y 1880, fue en el gobierno de Díaz cuando se volvió prácticamente un etnocidio. Los yaquis en el estado de Sonora luchaban porque sus tierras, posesión comunal de dichos pueblos, no les fuesen quitadas bajo amparo de leyes. Su derrota ocurrió en 1900 en la Batalla de Mazocoba, la cual terminó con la vida de más de 400 hombres y esclavizó a unos 800 que después se terminó mandando a Yucatán para fungir como prisioneros que se volvieron prácticamente esclavos.

[9] Secretaría de Cultura, *'La tierra es de quien la trabaja' o Zapata, el eterno insurrecto*, México, Gobierno de México, 2019.

[10] La Castañeda funge como gran ejemplo de esto. Fue construido para celebrar el centenario de la Independencia de México en 1910, fue un manicomio en donde prostitutas, adictos, personas con enfermedades mentales y más "parias" que no entraban y que incluso hasta desestabilizaban la visión que Díaz tenía sobre la ciudad como un modelo económico y social fueron llevados, muchas veces contra su voluntad, y dejados allí a su suerte.

> El gobierno de Díaz no era más que un gobierno de privilegiados, sino de viejos que no se resignaban a ceder el poder. [...] Campesinos y obreros vivían desamparados frente a caiques, señores feudales e industriales. Pero los campesinos mexicanos poseían una larga tradición de luchas; los obreros no solamente carecían de los más elementales derechos, sino de una experiencia o una teoría en que apoyar sus demandas y justificar su combate.[11]

Por ello, las luchas que se vivieron tanto en el norte como en el sur del país comparten una visión muy parecida: su búsqueda ideológica tenía como base la experiencia personal. La mayoría, aunque analfabeta, luchaba por mejorar sus condiciones de vida y las de sus hijos; cansados del completo abandono alzaron sus voces para hacerse escuchar.

Revolución, dignidad y derecho social

La Revolución mexicana fue la primera gran revolución popular del siglo xx en el mundo y, dentro de la historia del territorio nacional, uno de los más significativos procesos del que emanaron instituciones que marcan aún el ritmo de la vida en el país. En este sentido, consideramos necesario poner sobre la mesa que su carácter popular ofrece una doble lectura, ya que implicó una lucha donde no sólo se buscó la restitución de las tierras despojadas, sino también la premisa de la dignificación estrictamente vinculada con la defensa de la identidad comunal indígena, campesina y obrera.

La invisibilización en la que vivían permanentemente estos grupos originó reiterados abusos, que encontraron una de su máxima expresión en sueldos mal pagados y jornadas extenuantes. De ahí que una parte de la consignación revolucionaría pugnará por la construcción de un régimen jurídico que otorgará los derechos necesarios para considerarse como unos ciudadanos más, no únicamente

[11] Paz, Octavio, *op. cit.,* p. 150.

una mera mano de obra barata. Los dos frentes más importantes durante la Revolución tuvieron en común esto. En el norte del país, José Doroteo Arango Arámbula (mejor conocido como Francisco Villa o Pancho Villa[12]) que echó mano de un discurso donde sostuvo una lucha que pretendía reivindicar los derechos que a él mismo se le había negado. Así, en el imaginario del periodo, Pancho Villa fue un huérfano, pobre y sin educación, que deseaba que quienes lo seguían y apoyaban su movimiento pudieran recuperar la dignidad negada sistemáticamente por el régimen. Emiliano Zapata,[13] por otro lado, en el sur reivindicó una lucha bajo el estandarte de no permitir las prácticas injustas así:

> Cuando la revolución maderista triunfó, Zapata se negó a dejar las armas hasta que la repartición de las tierras se cumpliera. Para 1911 proclamó en *Plan de Ayala*, documento que sintetizaba la lucha campesina bajo la idea de 'la tierra es de quien la trabaja'; además de que desconocía el gobierno de Madero, al considerar que había traicionado la causa campesina.[14]

Como mencionamos líneas arriba, la Revolución fue un movimiento social, lo cual explica su espíritu incendiario y, prácticamente, inacabable. De esta manera, bajo la premisa de si el Estado no proporcionaba o propiciaba protección, entonces ellos harían valer sus derechos, incluso si para hacerlo tenían que volver una y otra vez a tomar las armas. Quizás la figura de Zapata es simbólica de la forma en que se fue integrando y avivando este movimiento popular, ya que este caudillo

---

[12] Pancho Villa, nacido como Doroteo Arango en una hacienda de Durango en 1878, pasó gran parte de su vida huyendo después de acusársele de asesino, vivió escondido en la sierra, sufriendo hambre y toda la clase de hostigamientos. Fue apodado "el Centauro del Norte". Hombres y mujeres lo siguieron sin el menor atisbo de dudas, e incluso después de su muerte los rumores de que seguía vivo rondaron por mucho tiempo. Katz, Friedrich, *Pancho Villa*, Editorial Era, 1998, p. 253.

[13] Emiliano Zapata, conocido como "El Caudillo del Sur", nació en 1879 en Morelos. Fue hijo de padres campesinos y huérfano en la adolescencia, fue testigo de cómo los grandes hacendados despojaban de sus tierras a los campesinos y obreros. Murió en 1919 al ser engañado por uno de los partidarios de Carranza. Paz Solórzano, Octavio, *Emiliano Zapata*, México, FCE, 2013, p. 56.

[14] Secretaría de Cultura, art. cit.

luchó por sus consignas hasta su muerte.[15] Así, si algo caracterizó la lucha que se vivió en México en aquellos años es que, a pesar de ser violenta y muchas veces cruenta, también tuvo un sentido de insurrección e insubordinación motivada por ideales como la justicia y la igualdad.

El periodo fue un momento de continua movilización que tendió a desdibujar las antiguas jerarquizaciones sociales de suerte que la lucha armada rápidamente dejó de ser una movilización que había confrontado a los protegidos del régimen contra sus marginalizados, para poner sobre la mesa las carencias y las injusticias que por años gran parte de la población había padecido, otorgándoles la oportunidad de escuchar sus demandas. Todo aquello más o menos converge en algo que se fue gestando desde el Plan de Ayala: la Constitución mexicana de 1917, en donde se trató de englobar todas las demandas que las poblaciones más vulneradas habían exigido. Sin embargo, los derechos sociales —para ser más preciso, el contenido social de la Constitución— sirvieron para legitimar un régimen político que no apostó por la legitimidad democrática, dando como resultado que, aunque resultó un tremendo adelanto en materia de derecho, en el análisis histórico resultó insuficiente para las problemáticas endémicas del país. El texto original de la Carta Magna no consagró, como se explica a continuación, "muchos derechos sociales. Todas las disposiciones sobre el particular fueron ubicadas tan sólo en tres artículos: 3º, 4º, y 123º. Si el primer precepto se limitó a determinar solo un derecho social, el último artículo mencionado englobó todo un conjunto de estos".[16]

---

[15] Otra de sus frases que no sólo ha sobrevivido a su muerte en México, sino también que ha traspasado fronteras, volviéndose precepto para muchas de las luchas sociales de América Latina, es: "Prefiero morir de pie que vivir arrodillado". Lema que engloba muy bien la idea de la revolución social que vivió el país, la gente despojada de casi todo se encontró que no tenía nada que perder y por eso tanto el norte como en el sur se levantaron en armas.

[16] Complak, Krystian, *La carta magna mexicana de 1917 y los derechos sociales de las constituciones de los países europeos socialistas: influencias, paralelismos, contrastes,* México, IIJ- UNAM / Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones en México-Senado de la República, 2017, p. 5.

Desde luego, hay que comprender la naturaleza histórica de este proceso, ya que el país había pasado por uno de los desgarros más importantes en su tejido social de los que se tuviera memoria, de suerte que la materialización del derecho a la educación, la propiedad y trabajo digno fue un cambio significativo. Por primera vez el Estado mantuvo en su discurso la vocación por velar por los intereses del pueblo, conservando un amplio sedimento nacionalista que le permitió marcar una línea divisoria con el régimen porfirista ampliamente protector de los intereses extranjeros. Esto explica el hecho de que la constitución marcara un viraje en el proceso de modernización nacional, gestado en gran medida por la necesidad de legitimación política que así fue construida sobre un discurso que pretendió reivindicar las demandas de los sectores sociales desprotegidos.

El constitucionalismo social como una lucha continua

La Constitución, promulgada el 5 de febrero de 1917 en el Teatro Iturbide del estado de Querétaro, dio origen a "el constitucionalismo social, el cual establece que la máxima ley del pueblo no solo debe fijar la base organizativa del Estado y reconocer las garantías individuales, sino también los derechos sociales, económicos y culturales de las clases populares".[17]

Bajo esta premisa, el derecho social en el país, más que presentarse desde un lugar institucionalizado, debía tener sus bases en las necesidades del pueblo. Así, la Constitución de 1917 se consagró bajo una serie de principios políticos, económicos y sociales, tales como:

1. La soberanía popular.
2. La garantía de los derechos individuales y sociales del hombre.
3. El sistema representativo de gobierno.

[17] Archivo General de la Nación, *Constitución 1917. Un siglo de constitucionalismo social*, México, Gobierno de México, 2017.

4. La división de poderes.
5. El sistema federal.
6. La rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional y la economía mixta.
7. La separación entre el Estado y las iglesias.[18]

Ahora bien, uno de los principales elementos que integran dicha Constitución es la jurisdicción del Estado, así como el derecho al trabajo y todo lo que de él se desprende, siendo justamente el artículo 123 uno de los más extenso. Para avanzar en nuestra reflexión invocaremos las primeras palabras del mencionado artículo: "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley".[19]

El artículo 123 constitucional tendría que esperar hasta 1931 para su primera reglamentación; así, durante este año se pública la Ley Federal de Trabajo, la cual sufrió modificaciones en 1970, 1980, 2012 y 2017; siendo el artículo segundo de la citada Ley Federal del Trabajo el dispositivo reglamentario que actualmente establece en su primer párrafo: "Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno decente en todas las relaciones laborales". Al igual que ocurre en otros Estados, el derecho social mexicano, que tiene en la Ley Federal del Trabajo uno de sus mayores baluartes, parece poseer como antecedente la lucha de clases, pretendiendo la integración de los factores de la producción como una meta normativa en la construcción social, la creación del empleo y la organización social del trabajo.

El jurista mexicano Jorge Dávalos, en su reflexión *El constituyente laboral*, siguiendo a Mario de la Cueva categoriza las definiciones de *derecho del trabajo*. Así, mediante la utilización del método comparativo sincrónico del artículo citado, en

---

[18] Archivo General de la Nación, art. cit.

[19] *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, véase en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.

cada ley del trabajo publicada desde la primera en 1931 hasta la vigente del 2021 podemos confrontar las categorías propuestas por Dávalos, lo que nos permitirá ilustrar cómo el artículo 2 y sus reformas han definido el cambio de visión acerca del derecho del trabajo en México a lo largo de su historia.[20]

Así, en la Ley Federal del Trabajo de 1931 no pudimos localizar alguna mención acerca del equilibrio entre los factores de la producción, en tanto afirma lo siguiente: "Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio que se expidan".[21] Por su parte, en Ley Federal del Trabajo de 1970 aparece la primera mención acerca del equilibrio entre los factores de la producción, en tanto que señala: "Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones",[22] donde podemos destacar las siguientes nociones: *a)* tender a conseguir, *b)* equilibrio y justicia social y *c)* trabajadores y patrones.

Con respecto al contexto político de esta creación legislativa, se destaca lo siguiente. El secretario Luis Echeverría expuso ante el Senado de la República el proyecto de ley de la Ley Federal del Trabajo, comentando sobre el artículo segundo que en éste se materializa la finalidad que deberían de perseguir todos los ordenamientos jurídicos (y el derecho mismo): la "realización de la justicia en las relaciones entre los hombres y por tratarse de derecho del trabajo se habla de justicia social", basado en los principios plasmados por la Constitución de 1917 en el artículo 123.[23] Un análisis detallado nos obliga a definir las razones por las que el legislador ha escogido la palabra *tienden*. El *Diccionario de la Real Academia* nos dice que *tendencia* es "propensión o inclinación en las personas y en las cosas hacia

---

[20] Dávalos, José, *El constituyente laboral*, México, IIJ-UNAM / INERHM / Secretaría de Gobernación, 2016, pp. 45-49.

[21] Cfr. Artículo 2 Ley Federal del Trabajo de 1931. Consultado el 29 de julio de 2021, en http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=193390&pagina=5&seccion=2.

[22] Cfr. Artículo 2 Ley Federal del Trabajo de 1970. Consultado el 29 de julio de 2021. en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft/LFT_orig_01abr70_ima.pdf.

[23] *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, Legislatura XLVII, Año II, Periodo Ordinario, Fecha 19681212, Número de Diario 28.

determinados fines".[24] La palabra nos expresa un movimiento que se encuentra implícito en todos los artículos de la ley, es decir, para interpretar, entender y aplicar esta Ley Federal del Trabajo hay que considerar el motivo incitante detrás de ella, la "tendencia" que la impulsa.

En el contexto teleológico se ponen sobre la mesa los fines del derecho del trabajo, el cual queda clarificado en la reflexión realizada por Trueba Urbina, que define al *derecho del trabajo* como "el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana".[25] Por otra parte, la noción *equilibrio* nos pone de relieve inmediatamente que existen fuerzas opuestas, encontradas, que necesitan balancearse, ya nos dice el *Diccionario de la Real Academia Española* que *equilibrio* es: "Estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose". Esta definición de gran calado hace vislumbrar y resonar con mayor potencia la finalidad del artículo segundo de la ley en comento, hay dos fuerzas: patrones y trabajadores, que actúan sobre un mismo objeto, el trabajo, y que sostienen intereses que pueden aparecernos opuestos, pero que se cristalizan ambos en el trabajo. Así, este derecho del trabajo debe anular dichas fuerzas, buscar puntos de unión y compensar ambos provechos.

Igualmente, este artículo identifica como uno de los fines del derecho del trabajo la *justicia social*, concepto compuesto por dos vocablos, del cual tendremos que hacer un breve opúsculo, ya que existen diferentes concepciones. La primera vez que fue utilizado es en la obra del sacerdote jesuita italiano Luigi Taparelli d'Azeglio, *Ensayo teórico sobre el derecho natural apoyado en los hechos*, publicado en 1843. Taparelli entiende por *justicia social* "aquello que iguala de hecho a todos los hombres respecto de los derechos de la humanidad". Tal como lo demuestran los continuos conflictos obreros que se suscitaron, el concepto tendió a estar

---

[24] *Diccionario de la Real Academia Española*. Consultado el 29 de julio de 2021, en https://dle.rae.es/tendencia

[25] Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, 6ª ed., México, Porrúa, 1981, p. 135.

cargado del mencionado significado durante finales de la Primera Revolución Industrial. De suerte que la *justicia social* fue moldeándose bajo el influjo de la economía de mercado, la sociedad industrial, el crecimiento económico y el capitalismo, por lo que el concepto de *justicia social* ha estado revestido de la premisa de protección de los obreros, como una forma de corrección a las desviaciones de las ideas anteriormente mencionadas, de suerte que la justicia social se erige como el antónimo de la *injusticia económica*.[26]

En 1889, el término nuevamente fue utilizado por los socialistas fabianos en sus *Fabian Esssays in socialism*. Para ellos, la *justicia social* era una ética teleológica por medio de la cual se conseguía un progreso social no violento, que terminaría con la consecución de un sistema político basado en la socialdemocracia. En 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) llevó a su Constitución el concepto, el cual identificaron como condición *sine qua non* para la paz. Por otro lado, la misma noción fue apropiada por la Doctrina Social de la Iglesia en la Encíclica Cuadragésimo durante el papado de Pío XI, y en donde fue entendida como una herramienta que propiciaba la redistribución de la riqueza para abatir la desigualdad.

Durante el siglo XX, la justicia social es obligada, por su tradición, a ser vinculada con el Estado de bienestar, así como al constitucionalismo social. Una pléyade de nuevas concepciones acerca de la justicia social nacieron en este momento histórico, de las cuales abordaremos, únicamente, las vinculadas con el derecho del trabajo. La justicia distributiva, entendida como el modo en el cual los bienes primarios se detectan en la sociedad, tiende a establecer cómo deben estar repartidas las cargas y beneficios; derivadas de esta premisa encontramos: la justicia igualitaria, la justicia basada en la necesidad, la justicia basada en el mérito y el principio de diferencia.[27]

---

[26] Murillo Torrecilla, Javier, y Reyes Hernández Castilla, "Hacia un concepto de justicia social", *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 9, núm. 4, 2011, pp. 11-12.

[27] *Ibidem*, pp. 12-23.

La primera es relativamente simple, a todas las personas les corresponde una parte igual de cargas y de beneficios; la problemática incrustada en ella es que no pondera el hecho de que las personas no inician en condiciones de igualdad absoluta, es así pues que el hacer a todos "iguales ante la ley" no sólo postergaría las inequidades, sino que las agravaría. La segunda propone que las necesidades sean las que rijan esta distribución de cargas y beneficios, es decir, que quien requiera más de algo sea priorizado en el otorgamiento, presuponiendo que las necesidades básicas de todos los seres humanos son cubiertas en medidas ciertamente muy parecidas; sin embargo, el sistema para tasar qué es lo necesario para cada uno de los ciudadanos y con ello la propia redistribución conllevaría graves desigualdades.

La tercera, basada en el mérito, propone que las cargas y beneficios deben tener como principio de división la generación de beneficios sociales; es así como quien más contribuye a la sociedad, más beneficios debería tener. Esta forma de justicia establece diferencias entre los individuos que más aportan y que, por consiguiente, más importancia social poseen, siendo éstos los que tendrán mayores incentivos, cumpliendo con una función ejemplificadora bajo la lógica que a mayor contribución más se recibe, favoreciendo el desarrollo de las sociedades.

Este tipo de justicia basada en el liberalismo económico y político se complejiza desde la pregunta qué es lo necesario para que un ciudadano pueda considerarse como contribuyente a la sociedad, quedando sedimentadas muchas inquietudes de este principio determinante, ante la imposibilidad de llegar a un consenso sobre el criterio que determina el mérito. Y por último tenemos el principio de diferencia, el cual nos sirve para ecualizar todos los anteriores, en cuanto propone que las desigualdades son lícitas, ya que se encuentran en beneficio de aquel que tiene más cargas, es decir, impone una compensación hacia las personas que más cargas poseen, orientando las políticas públicas a partir de la discriminación positiva, que pretende reducir las desigualdades creadas por el propio nacimiento natural y por la sociedad.[28]

[28] *Ibidem*, pp. 13-14.

En este momento nos enfocaremos a la manera como se estructura la relación de trabajo. Para ello haremos uso de la reflexión realizada por Alejandro Gallart Folch, que tiende a prestar énfasis no únicamente en la identificación de las partes de la relación de trabajo (es decir, trabajadores y patrones), sino además en el cúmulo de derechos y obligaciones que nacen por el hecho de ser nombrados como patrón o trabajador. Así pues, desde esta lectura el derecho del trabajo, serían "las normas jurídicas dirigidas a regular las relaciones de trabajo entre patrones y obreros".[29]

Volviendo a nuestro proceso de análisis de artículo segundo de la ley de 1970, podríamos señalar que éste fija importancia en los fines del derecho del trabajo y presta amplia atención a la identificación de los sujetos de la relación laboral. Por su parte, el artículo segundo de la ley de 1980 no contiene cambios respecto con el anterior, sino que se mantiene con el texto fijo de la ley de 1970. En el artículo segundo de la ley de 2017 no presenta adiciones, por lo que el análisis resulta improcedente, lo mismo acontece con la reforma del 2019 y con la del 2021. Sin embargo, en 2012 el mismo artículo sufrió un cambio importante y adiciones de gran calado; invoquémoslo para comprender la naturaleza de su constitución:

> Artículo 2o.- Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así— como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.
>
> Se entiende por trabajo digno o decente aquel en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, genero, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.
>
> El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos

[29] Gallart Folch, Alejandro, *Derecho español del trabajo*, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 9.

colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

Es preciso destacar que el artículo sufre una adición de amplias proporciones, en tanto que es la primera vez que se menciona el concepto de *trabajo digno y decente*. En este concepto encontramos un principio "suelo parejo", es decir, que trata de definir y garantizar aquellas condiciones que todo trabajador debe gozar, como son las prestaciones, la seguridad social, que tienen que ver directamente con derechos asociados al trabajador, y además incluye condiciones de sanidad, de seguridad y de higiene. De la misma manera, resalta la no discriminación, la paridad de género, la constante capacitación, el respeto por los derechos colectivos de los trabajadores, iguala al patrón con el trabajador, equilibrándolos ante la ley, lo que representa la cristalización en texto de la pretensión añeja del equilibrio entre los factores de la producción, etcétera. En breve, la expresión *trabajo decente* reconoce la dignidad del trabajador, no sólo como parte de una relación de trabajo, sino como persona.[30]

A manera de conclusión: la ausencia del empleo como causa de la agudización de la pobreza

Más allá de la constitucionalización del catálogo de derechos laborales y colectivos, así como el establecimiento de principios reivindicadores y garantías pro-

[30] Secretaría de Gobierno, Unidad General de Asuntos Jurídicos, *Reforma laboral, derecho del trabajo y justicia social en México*, México, segob, 2013, p. 27.

teccionistas, hay que pensar en el hecho de que un derecho social que no ha logrado eliminar o abatir la pobreza podría interpretarse como que ha fracaso en su objetivo de ser un mediador entre la lucha de clases e integrador de los factores de la producción.

A partir de esta posibilidad presentamos una serie de datos cuantitativo que pretenden relacionar algunos factores que sirve como rasero para comprender la problemática que encierra la ausencia de un trabajo digno, que a su vez nos permite evaluar cómo estos elementos pueden ayudar a palpar los alcances del derecho social mexicano en materia laboral. De manera que los resultados que se presentan nos permiten mostrar el modo como el derecho a un trabajo bien remunerado, entendido como un derecho social, no ha logrado revertir el incremento de la pobreza extrema en México.

Empecemos señalando una serie de datos importantes. Durante el sexenio de Manuel Ávila Camacho (1940-1946), el salario mínimo acumuló una pérdida en su poder adquisitivo del 19.6%. Para darnos cuenta del problema referenciemos que una familia trabajadora requería aproximadamente de 11 horas con 7 minutos para poder adquirir la canasta básica. Más tarde, durante el gobierno de Miguel Alemán Valdés, el salario mínimo acumuló una pérdida de 13.4%, y siguiendo la misma referencia de la canasta básica, una familia trabajadora requirió durante el primer año de su mandato de 13 horas con 12 minutos; pero más tarde, en el último año, es decir en 1958, necesitaba de 15 horas con 38 minutos. Hay que señalar que esto sucedió muy a pesar de que durante su gestión tuvieron lugar numerosos movimientos sindicales, los cuales fueron violentamente reprimidos, tales como el de ferrocarriles y mineros.

No sería sino hasta el periodo de crecimiento económico conocido como el *desarrollo estabilizador* cuando se llevaría a cabo una recuperación del salario. Este periodo de la historia económica del país se caracteriza por una amplia estabilidad cambiaría (la paridad peso-dólar permaneció inalterada por 22 años, a partir de 1954), lo que llevó a una relativa estabilidad en los precios, tal como lo deja ver el Índice de Precios en el Distrito Federal que, desde 1954, sufriría un crecimiento promedio anual de 2.5%. A diferencia de lo que había ocurrido durante la década

de los cuarenta, cuando la participación de los salarios en el ingreso nacional se había reducido considerablemente, a partir de principios de los años cincuenta se observa una tendencia ascendente que se verá consolidad por la Modelo de Sustitución de Importaciones.

Así, durante esta década podemos observar el incremento de las reivindicaciones nacionalistas de los trabajadores, de manera que su poder de negociación les permitió notables mejoras económicas y sociales, las cuales quedaron materializadas en la recuperación del salario mínimo de manera acumulada que ascendió a un 27.6%. Derivado de esto, el tiempo de trabajo que requirió una familia trabajadora para la adquisición de la canasta básica pasó de 15 horas con 38 minutos al inicio de su gestión, a 12 horas con 30 minutos al finalizar su gobierno.

Ahora bien, a partir de principios del sexenio de Luis Echeverría se observa una suerte de inflación controlada, la cual permitió mantener el poder adquisitivo de los individuos, al mismo tiempo que incentivó la producción de bienes; sin embargo, más tarde se observa una caída estrepitosa y sin control durante sexenios consecutivos, el de López Portillo, De Lamadrid, Salinas y Zedillo. En general, podríamos señalar que los gobiernos dirigidos por el Partido Acción Nacional (PAN) tendieron a controlar la inflación, pero menoscabaron o ignoraron impulsar el incremento del salario real, a fin de que éste lograra alcanzar un nivel por encima de la inflación durante los procesos de negociación obrero patronal.

El comportamiento del salario mínimo que tenemos hoy se encuentra estancado por más de 18 años. Recordemos lo que hoy ganan los profesionistas graduados que salen de las universidades. Hay que entender la dimensión de esta problemática, ya que los salarios bajos favorecen las exportaciones sí, pero a costa de limitar el poder adquisitivo de los trabajadores. Con mejores salarios, el círculo virtuoso del consumo interno podría mejorar suficientemente la economía nacional y probablemente había mejorado la recaudación fiscal. Con mayor poder adquisitivo, la demanda de productos nacionales podría ser mayor y las empresas podrían crecer con base en el consumo interno de los mexicanos.

Entre el 2013 y 2016, el ajuste salarial otorgado fue tan exiguo como el otorgado por los gobiernos panistas durante doce largos años consecutivos. Para el

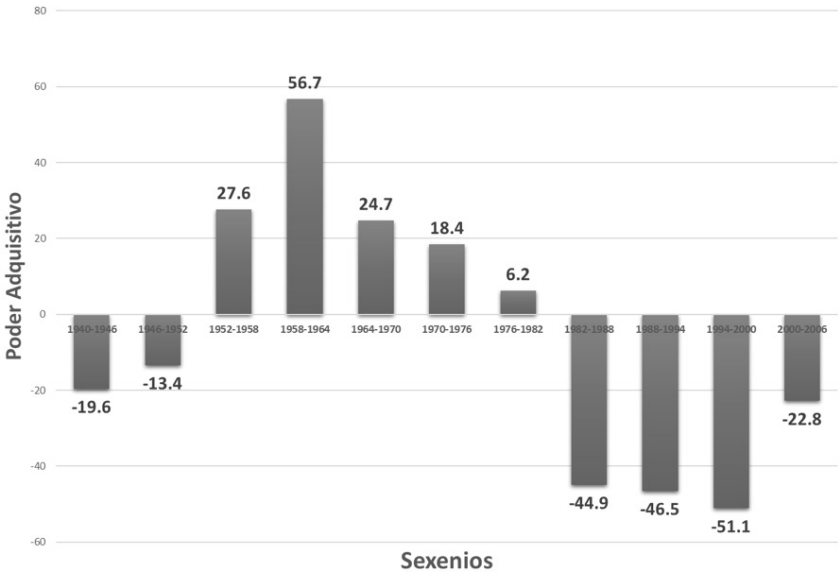
2017 se decide incrementar el salario mínimo algunos puntos por arriba de la inflación, pero el gobierno anterior, altamente endeudado, aplica un brutal incremento a las gasolinas, que redujo el beneficio previsto por causa del incremento inflacionario. Para 2018, nuevamente, el incremento del salario fue del orden del 10%, sin embargo, ya que el incremento inflacionario logró controlarse cerrando en un 4.83%, es posible establecer que el salario ganó un pequeño terreno. Un año más tarde, el incremento fue mayor, 16% y nuevamente se obtuvo un pequeño incremento del poder adquisitivo. Para 2020 ya se muestra el incremento aplicado, pero habrá que observar la evolución de la inflación y esperar a fin de año para conocer los graves efectos de la pandemia de COVID-19 y evaluar correctamente el resultado.

Hoy se habla con frecuencia de pobreza, como si fuera algo reciente provocado por las últimas crisis económicas, pero creemos justo mencionar que después de observar la gráfica 1 es posible darse cuenta la naturaleza histórica de fenómeno. Durante el periodo denominado *Milagro Mexicano* es evidente que se redujo notablemente la pobreza mediante el incremento del poder adquisitivo del salario, no con dádivas. Pero después, durante varios sexenios consecutivos, el salario real se derrumbó y posteriormente se estancó por muchos años.

Pensemos ahora en lo que nos están diciendo estas cifras en términos reales, es decir, cómo el salario ha contribuido al bienestar de los ciudadanos y abatir la pobreza. Nosotros consideramos que, a pesar de las declaraciones oficiales, el salario mínimo se ha mantenido en un proceso sistemático de decaimiento. Como ya habíamos señalado líneas atrás, a partir de 1977 el salario mínimo en México comenzó a desplomarse. De hecho, desde que el salario mínimo en México fue reglamentado en 1935, nunca había alcanzado un nivel tan bajo en su poder adquisitivo como el que tiene hoy en día. Se encuentra un 28% abajo de su nivel histórico más inferior en los últimos cincuenta años.

Tal como lo ha sostenido el Centro de Análisis Multidisciplinario (CAM) de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), durante el periodo en que han estado en vigencia los pactos salariales, del 16 de diciembre de 1987 al 2 de enero del 2006, el precio de la Canasta Obrera Indis-

Gráfica 1. Poder adquisitivo del salario mínimo.



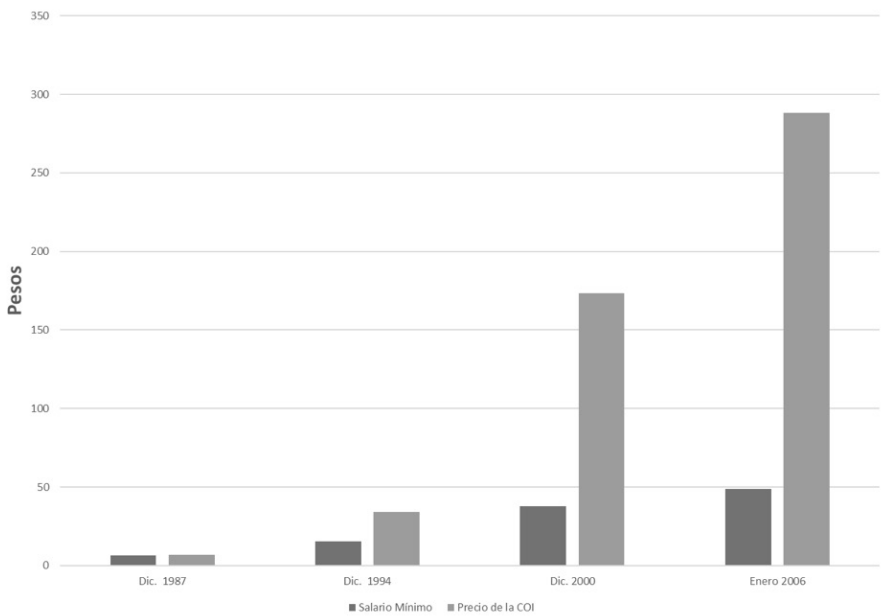
Fuente: elaboración propia con datos de Comisión Nacional de Salarios Mínimos, varios años.

pensable[31] se ha incrementado (de manera acumulada) en un 1435.3%, mientras que el salario mínimo sólo lo ha hecho (también de manera acumulada) en un 308.7%, arrojando para dicho periodo una pérdida acumulada de su poder ad-

[31] La Canasta Obrera Indispensable (COI) es una Canasta de consumo y uso básico y ponderado diario, conformada por 35 artículos o mercancías: 27 alimentos, 3 artículos para el aseo personal y del hogar, gas, electricidad. agua y transporte. No incluye gasto en Renta de Vivienda, Vestido y Calzado, Educación, Salud, Diversiones. Es para una familia mexicana conformada por 4 personas, 2 adultos, un(a) joven y un(a) niño(a). La estructura, Contenido y ponderación de la COI se obtuvo como resultado de encuestas directas en los hogares de las familias trabajadoras. Cfr. *Reporte de investigación 122. México: Se agudiza la superexplotación del trabajo. Continúa la pérdida del poder adquisitivo del salario de 9.65% con Peña Nieto,* 15 de diciembre de 2015, México, Centro de Análisis Multidisciplinario.

quisitivo del 73.4 %. Así, el precio de la Canasta Obrera Indispensable pasó de $6.86 a $288.23, es decir, acumuló un incremento de 4451.31%. Mientras que, por otro lado, el salario mínimo pasó de $6.47 a $ 48.67, presentando un aumento de 755.33% para el mismo periodo; obsérvese entonces la gráfica 2 para notar lo que estamos señalando.

Gráfica 2. Precio de la Canasta Obrera Indispensable y Salario Mínimo



Fuente: elaboración propia con datos de Secretaría de Trabajo y Previsión Social e Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, varios años.

Durante el sexenio de Vicente Fox, el salario mínimo continuó estancado y acumuló, de 1987 a la fecha, una pérdida del poder de compra del 82.39%. Si analizamos los datos oficiales, en el 2002 la inflación acumulada fue de 5.7%, sin embargo,

el incremento total al salario mínimo fue sólo del 4.5%.[32] Como resulta mayor el incremento de la inflación al logrado por el salario mínimo, podemos asentar que la recuperación no ocurrió en los términos señalados por el discurso foxista. Para el mismo año, más grave es aún el deterioro del poder adquisitivo del salario mínimo si consideramos el incremento del precio de la canasta básica, que fue de 6.06% (Banco de México) en comparación con el 4.50% de incremento al salario.

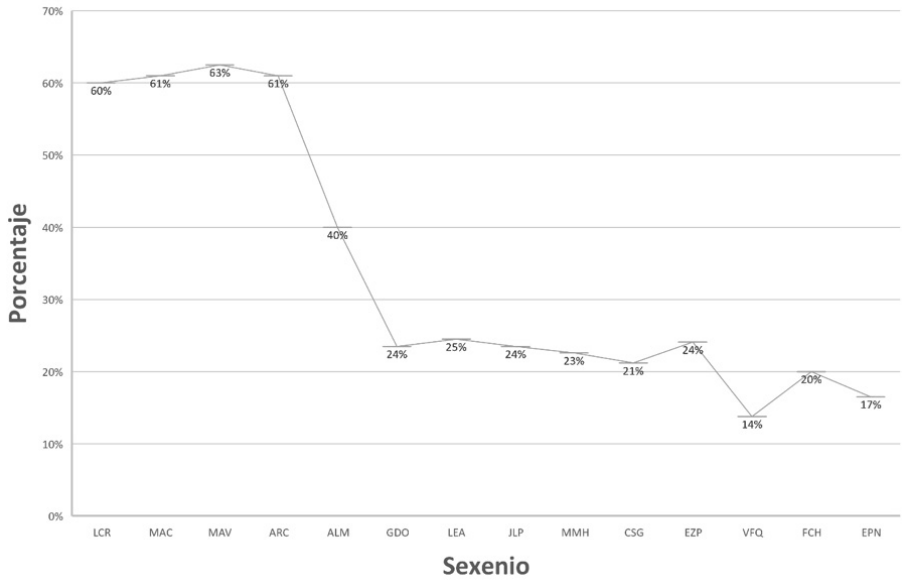
En 2003, la inflación del año fue de 3.98% (Banco de México), mientras el incremento del salario mínimo fue de 3%, resultando un déficit para el salario. Pero si consideramos el incremento de precios de la canasta básica, que fue de 4.71% (Banco de México), resulta un déficit aún mayor en el salario mínimo. Para 2004, la historia no fue diferente, al salario mínimo se asignó un incremento de 3% ($1.50), pero la inflación se esperaba mayor a 5.19% y el incremento de la canasta básica fue de 6.73%, según el Banco de México. Con ello desaparece, una vez más, la posibilidad de recuperación del salario mínimo. Es relevante considerar el hecho de que algunos productos básicos, como la tortilla, presentaron aumentos importantes: en febrero aumentó de $5.50 a $6.00 el kg., por lo cual su incremento fue de 9%, o sea, dos terceras partes más que el salario mínimo. Este fenómeno se ha mantenido de manera sostenida en los sexenios siguientes.

La pregunta interesante aquí es, a partir de estos desajustes y pérdidas del valor del salario, qué podría adquirir un trabajador con su salario. Vemos que de 1982 a 2006, el salario mínimo permitió adquirir: 26.59 kg. de tortillas, mientras que para el 2006 con un salario mínimo se pueden comprar únicamente 6.95 kg. Esto es, la tercera parte de lo que adquiría en 1982, en cuanto a la compra de pan blanco, con un salario mínimo de $0.31 en 1982 se podía adquirir 292.5 piezas de pan, mientras que para el 2 de enero de 2006 con un salario mínimo de $48.67 pesos se pueden adquirir 40.6 piezas. En relación con el gas doméstico, el 1 de diciembre de 1982 con un salario mínimo de $0.31se adquirían 52.70 litros de

[32] Cfr. *Informe de Gobierno*. Varios años. Presidencia de la República. *Criterios generales de la política económica*. Varios años. Presidencia de la República. SHYCP. Comisión Nacional de Salarios Mínimos. CNSM.

gas. Al 2 de enero de 2006, el precio del cilindro de 20 Lt. es de $175, por lo que, con un salario mínimo diario de $48.67 sólo se pueden comprar 5.56 litros de gas. Lo que significa que en el 2006 únicamente se puede adquirir 9.47 % de gas de lo que se adquiría en 1982, con un salario mínimo. En relación con el metro, el 1 de diciembre de 1982, con un salario mínimo de $0.31 se adquirían 243.75 boletos. Al 2 de enero del 2006, con un salario mínimo de $48.67 sólo se pueden comprar 24.33 boletos. Lo anterior significa que en 2006 únicamente se puede adquirir el 9.98 % de lo que se adquiría en 1982, con un salario mínimo. Situación que no se ha modificado tampoco en los últimos dos sexenios. Veamos entonces cómo ha evolucionado la pobreza alimentaria en México desde el siglo pasado hasta el sexenio de Enrique Peña Nieto:

Gráfica 3. Pobreza alimentaria en México



Fuente: elaboración propia con datos de ONU, *2020, pp. 118-120.*

La gráfica 3 nos ilustra la evolución histórica de la pobreza alimentaria que cubre los 14 sexenios presidenciales, mostrando el porcentaje de pobreza al final de cada uno de ellos. De esta manera, los trabajadores han tenido que incrementar el número de horas trabajadas para poder adquirir la canasta básica, provocando un sistemático y real deterioro de la calidad de vida, así como el tipo de empleo ha generado, entre otros efectos sociales, que el trabajador y su familia tengan que realizar jornadas laborales en condiciones más intensas, de mayor duración y en situaciones más precarias en cuanto a prestaciones sociales y económicas. Lo anterior se puede constatar a través de la Encuesta Nacional de Empleo durante el 2021, donde podemos ver cómo los trabajadores mayores de quince años han tenido que invertir más tiempo para lograr adquirir la Canasta Obrera Indispensable, lo cual quedó más agudizado con la pandemia, de suerte que el actual salario mínimo dificulta acceder a la COI. Tal situación expresa la situación de pobreza: la persona que gana el salario mínimo no puede satisfacer sus necesidades mínimas básicas, cada hogar tiene que incorporar más personas a trabajar, o bien, laborar en dos o tres trabajos más para obtener el mínimo ingreso que permita tener acceso a la canasta básica.[33]

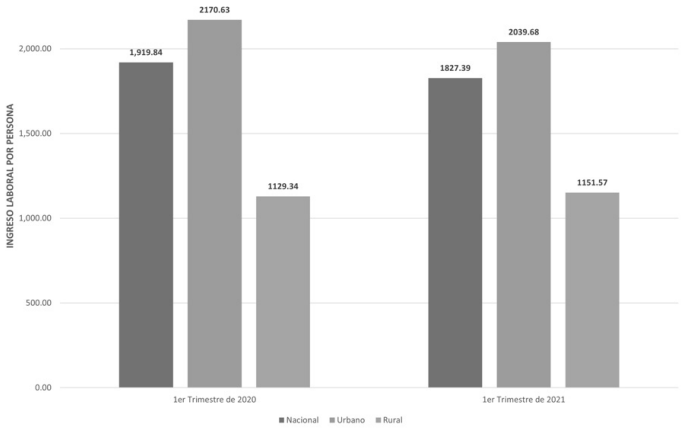
Ni siquiera la profunda reforma llevada a cabo durante 2014 que pretendió abatir el problema de la pérdida de los salarios reales. Para 2017, 2018, 2019 y ahora en 2020 se han implementado, después de muchos años, incrementos substanciales por arriba del rango de inflación estimado por Banxico entre el 2% y 4%. El incremento en 2017 fue del 9.58% al pasar de $73.04 a $80.04, es decir, con la inflación de 6.77% de 2017 se logró un pequeño incremento del 2.5% en el poder adquisitivo. Para 2018, el incremento del salario mínimo fue de 10.39%, y como Banxico logró controlar la inflación al 4.83%, pudo obtenerse un incremento del poder adquisitivo por arriba del 5%, como muestra la gráfica 3. Para 2019, el salario mínimo aumentó 16.21% y la inflación fue del 2.83%, un incremento del poder adquisitivo por arriba del 13%. Para 2020 y 2021, el

[33] Cfr. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), población de 15 años y más de edad. Indicadores de Ocupación y Empleo, Segundo Trimestre*, 25 de octubre de 2021, México.

incremento ha sido del 20%, pero aún es prematuro pronosticar sus efectos provocados por la pandemia de covid-19.

Durante el primer trimestre de 2020 y el primer trimestre de 2021, el poder adquisitivo del ingreso laboral real per cápita tuvo una disminución de 4.8%, al pasar de $1,919.84 a $1,827.39. Esta variación anual del ingreso laboral representa una pérdida de $92.46 pesos con respecto al primer trimestre de 2020, antes del inicio de la pandemia por covid-19 (ver gráfica 4).[34] Concretamente, durante el primer trimestre 2021 se observó un aumento del Índice de Precios al Consumidor (inpc) respecto al registrado en el mismo periodo del año anterior. La inflación promedio anual se ubicó en 4.0%, 0.6 puntos porcentuales superior a la del primer trimestre 2020 (3.4%). Este comportamiento en el nivel de precios se podría deber, en parte, al aumento en las variaciones anuales de los precios de los energéticos que se observaron en marzo de 2021.

Gráfica 4. Ingreso laboral real per cápita

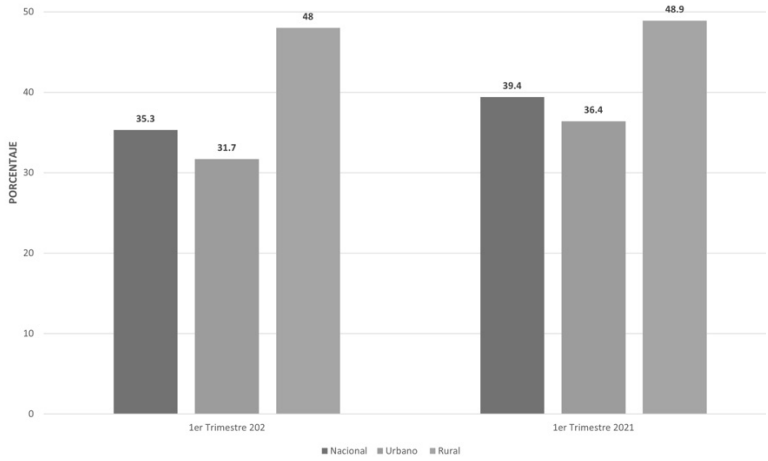


Fuente: elaboración propia con datos de coneval, *2021.*

[34] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Comunicado de prensa núm. 204/21, 8 de abril 2021.

El porcentaje de la población con un ingreso laboral inferior al costo de la canasta alimentaria aumentó al pasar de 35.6% en el primer trimestre 2020 a 39.4% en el primer trimestre 2021. Entre los factores que explican este incremento se encuentra la disminución anual de 4.8% en el ingreso laboral real y el aumento en los precios del valor monetario de la canasta alimentaria durante el mismo periodo, como lo podemos ilustrar en la gráfica 5. Este mismo comportamiento se da en los ámbitos rural y urbano; sin embargo, destaca el incremento en el ámbito urbano de 4.8 puntos porcentuales al pasar de 31.7% a 36.4%, mientras que en el rural dicho incremento fue de 0.9 puntos porcentuales, al pasar de 48.0% a 48.9% durante este periodo.

Gráfica 5. Población con ingreso menor al precio de la canasta básica



Fuente: elaboración propia con datos de CONEVAL, *2021.*

Ahora bien, con respecto a las líneas de pobreza extrema (es decir, el valor monetario de la canasta alimentaria) por ingresos durante el primer trimestre 2021, en promedio, las líneas de pobreza extrema por ingresos aumentaron anualmente

3.7% en zonas urbanas y 4.0% en zonas rurales. Asimismo, la variación de la línea de pobreza extrema por ingresos urbana fue inferior a la inflación anual promedio del trimestre (4.0%), mientras que la variación de la línea de pobreza extrema por ingresos rural fue similar a esta última.

Ahora bien, en el contexto de la emergencia sanitaria derivada del virus SARS-COV-2 (COVID-19) en México, el Consejo de Salubridad General reconoció la epidemia[35] y estableció en marzo de 2020 la suspensión de actividades no esenciales como medida de prevención y acción frente a la propagación de la COVID-19. Hacia mediados de mayo 2020 comenzaron a reanudarse paulatinamente las actividades laborales, económicas y sociales en distintas entidades federativas de acuerdo con lo establecido por el Gobierno Federal.[36] Sin embargo, en virtud de que a finales de 2020 se observó un aumento en el número de casos por COVID-19, de manera que el número de entidades en semáforo rojo, es decir, en alerta máxima, pasó de tres en la última semana de diciembre 2020 a diez a finales de enero de 2021[37], lo cual afectó la apertura que se venía dando. Posteriormente, en la segunda semana de febrero, se anunció que 24 de las 32 entidades presentaron disminuciones sostenidas de casos activos y ocupación hospitalaria por COVID-19 durante al menos dos semanas consecutivas. De manera que, en la última semana de febrero de 2021, ninguna entidad presentaba semáforo rojo por COVID-19.[38]

---

[35] Secretaría de Gobernación, *ACUERDO por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia*, 2020.

[36] Secretaría de Gobernación, *ACUERDO por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias*..

[37] Secretaría de Salud, *Conferencia de prensa*, 24 de diciembre 2020, México, Gobierno de México. / Secretaría de Salud, Conferencia de prensa, 15 de enero 2021, México, Gobierno de México.

[38] Secretaría de Salud, Conferencia de prensa, 26 de marzo 2021, México, Gobierno de México.

El impacto generalizado de la emergencia sanitaria y las medidas adoptadas para mitigar la contingencia provocaron la contracción de la economía. No obstante, en periodos recientes diversos indicadores económicos han mostrado signos de recuperación. Por ejemplo, el Indicador Global de la Actividad Económica (IGAE) con cifras desestacionalizadas pasó de tener una variación anual promedio de -8.2% durante el tercer trimestre 2020 a -4.1% en el cuarto trimestre 2020. Sin embargo, para el primer trimestre 2021, la variación anual de enero y febrero de la actividad económica mostró disminuciones similares al trimestre inmediato anterior: -4.3% y -4.0%, dicho comportamiento podría estar relacionado en parte con el aumento de casos por COVID-19 durante estos periodos.[39]

La recuperación paulatina de la economía mexicana también se refleja en el registro de ocupados en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Este comportamiento se observa a partir del tercer trimestre 2020 donde se mostró una recuperación de las plazas registradas. Específicamente, entre el cuarto trimestre 2020 y el primer trimestre 2021, el número de trabajadores permanentes y eventuales en el IMSS reflejó una recuperación de 137,413 empleos (0.8%) y 114,564 (4.1%) empleos, respectivamente. De manera similar, se registró este aumento de las plazas de empleo tanto para hombres (1.3%) como para las mujeres (1.2%).

La pandemia de la COVID-19 no sólo se ha cobrado la vida de decenas de miles de mexicanos, sino que ha arrinconado en la pobreza a millones, a pesar de los programas sociales impulsados por el gobierno de Andrés Manuel López Obrador. El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) hizo público un informe el 9 de febrero de 2021 donde estima que debido a la crisis desatada por el nuevo coronavirus, entre 8,9 y 9,8 millones de mexicanos han caído en la pobreza debido a una disminución de sus ingresos, estimaciones que, según la institución, "muestran pérdidas importantes en los avances que se han logrado en materia de desarrollo social,

[39] Con las estimaciones más recientes del IGAE, sumarían en total veinte meses con tasas de crecimiento negativas de julio de 2019 a febrero de 2020.

amenazando la capacidad de recuperación de los ingresos de los hogares". El CONEVAL, además, asegura que las transferencias monetarias que el Ejecutivo hace dentro de su política social son "medidas temporales" que, aunque necesarias, no han mitigado los estragos causados por la pandemia en las poblaciones más vulnerables.

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), México se encuentra ubicado como el cuarto país que vio acrecentar más el porcentaje de personas en situación de pobreza, incluso más que el promedio de la región, y el quinto que más aumentó sus niveles de pobreza extrema entre los países latinoamericanos. El CONEVAL explica en su informe que en 2018 se estimaba que 61 millones de mexicanos vivían con un ingreso inferior a la línea de la pobreza, por lo que bajo el escenario planteado por la crisis de la COVID-19, ese número aumentaría a más de 70 millones de pobres. Este aumento en los números de pobreza es el impacto más dramático que han tenido en la economía mexicana las medidas de contingencias tomadas para hacer frente a la crisis sanitaria, como el cierre de comercios y el de actividades que no son consideradas esenciales. Así, la magnitud de los efectos negativos sobre la economía, el comercio, el empleo y el bienestar a causa de las restricciones económicas y sociales supone un riesgo importante de retrocesos en los escasos logros de desarrollo social de las últimas décadas, orientados a mejorar el bienestar de la población y contribuir al cumplimiento de los derechos sociales, con posibilidad de una crisis financiera más grave que la de 2008.

Sin olvidar que los estragos de esta crisis económica han sido más profundos en los grupos más vulnerables, como las mujeres, indígenas, personas mayores, niños y adolescentes. En México, 42.4% de las mujeres se encuentran en situación de pobreza y, de ellas, 7.4% en situación de pobreza extrema, según datos del CONEVAL, que ha señalado que casi 1 de cada 6 mujeres en México no puede acceder a la canasta alimentaria aún destinando todo su ingreso a este propósito. Además, el 14% de ellas carece de servicios de salud, por lo que el organismo ha extendido recomendaciones a los distintos órdenes de gobierno para que implementen acciones y programas integrales que compensen la carencia de acceso a se-

guridad social para las mujeres en situación de pobreza y madres jefas de familia, con especial énfasis en programas de guarderías, asistencia social y prestaciones por maternidad.[40]

Desde que asumió el cargo hace más de dos años, el presidente López Obrador ha puesto como prioridad de sus políticas públicas a las clases históricamente desprotegidas, desarrollando programas de bienestar encaminados a reducir la pobreza y la vulnerabilidad de los sectores más golpeados por la crisis. Sin embargo, el CONEVAL detalla que estos programas han sido más de carácter paliativo y no representan una solución a largo plazo para reducir la pobreza, concluyendo que, aunque las transferencias monetarias son necesarias, dados los cambios que la pandemia ha ocasionado, es indispensable considerarlas como medidas temporales e impulsar otras medidas de carácter estructural.[41]

En su informe, el CONEVAL detalla mejoras que se deben hacer en los programas gubernamentales, que incluyen perfeccionar la comunicación entre quienes forman parte de esas iniciativas, una mayor capacitación al personal que trabaja en los programas, así como depurar las listas de beneficiarios. Esto debido a que los Programas Integrales de Bienestar analizados no atienden en su totalidad los riesgos que enfrentan las personas. Si bien existe una clara intención del Gobierno federal para construir un sistema de bienestar universal, los programas que lo conforman han tendido a enfocarse en las transferencias directas de apoyos económicos más que en la prevención, mitigación y atención de los riesgos que limitan el acceso a derechos.

Como podemos observar, el estallido de la actual crisis financiera y económica ha contribuido a hacer visibles algunas de las contradicciones más agudas que atraviesan el discurso de los derechos sociales en el país, o más concretamente el vinculado con el concepto de acceso a un trabajo digno, en tanto que no hay forma de poder consolidarlo sin que la remuneración que se obtiene de

---

[40] Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *El CONEVAL presenta información referente a la pobreza laboral al Segundo Trimestre de 2021*, México, CONEVAL, 2021.

[41] *Idem*.

él, el precio al que el trabajador lo vende sea la suficiente para poder adquirir los bienes esenciales.

Quizás como en ningún otro derecho, como el laboral, se pone de manifiesto la precariedad con la que se han ejecutado y defendido los derechos sociales en el país, lo que a su vez ha puesto en entredicho el acceso a otros derechos sociales. En este sentido, podemos señalar que México, tal como lo demuestran los datos presentados, no ha sido capaz de construirse como un modelo de Estado social o de bienestar. Si bien, habremos de señalar que durante dos sexenios (el de Cárdenas y el de López Mateos) se sentaron algunas de las bases más importantes de nuestro modelo social, teniendo un punto culminante de ampliación durante la década de 1970, a partir de ahí se impondría un nuevo modelo económico, el neoliberal, que ha menoscabado aún más la mano de obra en todas sus versiones y provocando aún más precarización.

Para comprender la naturaleza de este fracaso debemos poner sobre la mesa que se trata de un fenómeno que atañe a la construcción el Estado, o más bien a su extinción. El modelo neoliberal propuso una serie de estrategias con la única finalidad de consolidar aún más el capitalismo, lo cual ha provocado el robustecimiento del capital dentro de los mercados, lo que ha llevado a la minimización paulatina del Estado como el eje conductor del desarrollo de las regiones. De manera que países como México se han visto "obligados" a encaminar sus políticas públicas para favorecer a los actores económicos que actúan a escala internacional.[42]

A partir de la crisis de los años ochenta, el Estado mexicano comenzó a ser visto como ineficiente, generador de inflación, proclive a privilegios y un grave obstáculo en la expansión del capital a escala mundial. En consecuencia, desde ese momento lo que se observa es el proceso de despolitización de los mercados, lo que se pensó debía garantizar el crecimiento. Ello sin olvidar que se trata de un cambio mundial en la producción, en el consumo y en el tratamiento de la fuerza de trabajo, que llevó a la flexibilización como estrategia para la reducción

[42] Chomsky, Noam, *La lucha de clases*, Barcelona, Editorial Crítica, 1997, p. 32.

de costos laborales, con la cual se pretende consolidar más aún el avance del desarrollo y expansión del mercado. Ante la necesidad de ampliar la acumulación de capital, se reorganiza la relación sociedad-mercado, asegurando de esta forma el éxito del modelo. El Estado mexicano ha ido perdiendo sistemáticamente su capacidad reguladora y ordenadora de la sociedad; minimizando sus acciones para dar paso al sector privado, de esta manera, el Estado ya no interviene ni es responsable directo del bienestar colectivo, se impone la privatización, mercantilización y control de los servicios sociales. Sobre esta base, la regulación o distribución del bienestar social pasa a ser atributo fundamental del capital, radicalizándose las relaciones de producción y, por ende, el proceso de trabajo. Para llevar a cabo este objetivo, es fundamental minimizar las representaciones políticas de la sociedad, cuestión que ha debilitado la organización de la clase trabajadora, la reducción de los gastos sociales, de la legislación laboral, entre otros.[43]

Así, el neoliberalismo ha reestructurado las relaciones laborales, introduciendo graves cambios en la forma de producción, provocando que los mexicanos requieran para mantener el empleo una amplia flexibilidad del trabajo, de las tareas y de los beneficios adquiridos por la clase trabajadora. De este modo se ha construido un trabajador aislado, individualizado, precarizado, no sindicalizado, con contrato de empleo temporal o parcial y con escasas provisiones de seguridad social. Se observa, por lo tanto, que esta reorganización económica en el país, bien acompañada de una transformación del trabajo y de los beneficios sociales de los trabajadores al darse una ruptura de las formas tradicionales de protección social, genera inseguridad social, exclusión del mercado de trabajo, pobreza extrema, hasta convertirse en una problemática social complejo. Así, la penetración del capital en la regulación del mercado de trabajo y la desintegración social de la clase trabajadora debilita las organizaciones sindicales, implanta una austeridad en los salarios y en el gasto social gracias

[43] Dombois Rainer, Ludger Pries, *Relaciones laborales entre mercado y Estado. Sendas de transformación en América Latina*, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 2000, p. 205.

a la flexibilización, la movilidad y la fragmentación de la clase trabajadora, neutralizando aún más la lucha de clase y con ello menoscabando los derechos sociales anclados en la constitución.[44]

Referencias

Archivo General de la Nación, *Constitución 1917. Un siglo de constitucionalismo social*, México, Gobierno de México, 2017, https://www.gob.mx/agn/articulos/constitucionde1917-cien-anos-de-constitucionalismo-social-la-constitucion-de-1917?idiom=es#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20los,desarrollo%20integral%20de%20sus%20ciudadanos.

Centro de Análisis Multidisciplinario (2015). *Reporte de investigación 122. México: Se agudiza la superexplotación del trabajo. Continúa la pérdida del poder adquisitivo del salario de 9.65% con Peña Nieto,* CAM. Recuperado de https://cam.economia.unam.mx/reporte-de-investigacion-122-mexico-se-agudiza-la-superexplotacion-del-trabajo-continua-la-perdida-del-poder-adquisitivo-del-salario-de-9-65-con-pena-nieto/.

Chomsky, Noam (1997). *La lucha de clases*. Barcelona: Editorial Crítica.

Comisión Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2021). *El CONEVAL presenta información referente a la pobreza laboral al Segundo Trimestre de 2021*. México: CONEVAL. Recuperado de https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP IS_resultados_a_nivel_nacional.aspx

Comisión Nacional de Salarios Mínimos, *Informe Técnico*, México, Varios años.

Complak, Krystian (2017). *La carta magna mexicana de 1917 y los derechos sociales de las constituciones de los países europeos socialistas: influencias, paralelismos, contrastes.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam /

[44] Valenzuela, Carlos, "El estilo neoliberal y el caso mexicano", en Cristina Laurell Asa (coord.), *Estado y políticas sociales en el neoliberalismo*, México, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, 1992, p. 12.

Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones en México / Senado de la República.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, Legislatura XLVII - Año II - Periodo Ordinario - Fecha 19681212 - Número de Diario 28.

Dávalos, José (2016). *El constituyente laboral*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas unam / inerhm / Secretaría de Gobernación.

Dombois Rainer, Ludger Pries (2000). *Relaciones laborales entre mercado y Estado. Sendas de transformación en América Latina*. Venezuela: Editorial Nueva Sociedad.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Legislatura XLVII - Año II - Periodo Ordinario - Fecha 19681212 - Número de Diario 28. Recuperado el 29 de julio de 2021, dehttp://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/47/2do/Ord/19681212.html.

Esquinca, Julenne (2015). "Porfiriato: El afrancesamiento mexicano". *Excélsior*, México. Recuperado de https://www.excelsior.com.mx/blog/fahrenheito-magazine/porfiriato-el-afrancesamiento-mexicano/1043895.

Gallart Folch, Alejandro (1936).*Derecho español del trabajo*. Barcelona: Editorial Labor.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (inegi) (2021). *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (enoe), población de 15 años y más de edad. Indicadores de Ocupación y Empleo*, *Segundo Trimestre*, 25 de octubre de 2021, México.

---------- (2021). Comunicado de prensa núm. 204/21, 8 de abril 2021. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/inpc_2q/inpc_2q2021_04.pdfAbrir este documento utilizando el ReadSpeaker docReader.

Katz, Friedrich (1998). *Pancho Villa*. México: Editorial Era.

Krauze, Enrique (19 de septiembre de 2010). "El grito de México". *Letras Libres*, México.

Monsiváis, Carlos (1994). "Identidad nacional. Lo sagrado y lo profano". *Revista de la Universidad de México*, pp. 55-61. Recuperado de https://www.re-

vistadelauniversidad.mx/articles/5ea66317-33b8-42fe-89d2-f3703dab77b9/identidad-nacional

Murillo Torrecilla, Javier, y Reyes Hernández Castilla (2011). "Hacia un concepto de justicia social". *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 9, núm. 4.

Organización de las Naciones Unidas (onu) (2020). *Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional: Seguridad alimentaria y nutricional para los territorios más rezagados*. Santiago de Chile: onu.

Paz, Octavio (2014). *El laberinto de la Soledad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Paz Solórzano, Octavio (2013). *Emiliano Zapata*. México: Fondo de Cultura Económica. Reporte de investigación 122 (2015). *México: Se agudiza la superexplotación del trabajo. Continúa la pérdida del poder adquisitivo del salario de 9.65% con Peña Nieto*, 15 de diciembre de 2015. México: Centro de Análisis Multidisciplinario. Recuperado de https://cam.economia.unam.mx/reporte-de-investigacion-122-mexico-se-agudiza-la-superexplotacion-del-trabajo-continua-la-perdida-del-poder-adquisitivo-del-salario-de-9-65-con-pena-nieto/.

Presidencia de la República (varios años). *Informe de Gobierno*. México: Presidencia de la República. *Criterios generales de la política económica*. Varios años. México: shycp. Comisión Nacional de Salarios Mínimos. cnsm.

Secretaría de Cultura (2019). *'La tierra es de quien la trabaja' o Zapata, el eterno insurrecto*. México: Gobierno de México. Recuperado de https://www.gob.mx/cultura/es/articulos/la-tierra-es-de-quien-la-trabaja-o-zapata-el-eterno-insurrecto?idiom=es.

Secretaría de Gobernación (segob) (s/a). *Reforma laboral, derecho del trabajo y justicia social en México*. México: segob.

---------- (2020). *ACUERDO por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus sars-cov2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia*. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fe-

cha=23/03/2020.

---------- (2020). *ACUERDO por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias*. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14%2F05%2F2020.

Secretaría de Salud (2020). *Conferencia de prensa*. 24 de diciembre 2020. México: Gobierno de México. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de https://coronavirus.gob.mx/2020/12/24/conferencia-24-de-diciembre/.

---------- (2021). *Conferencia de prensa*. 15 de enero 2021. México: Gobierno de México. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de https://coronavirus.gob.mx/2021/01/15/conferencia-15-de-enero/.

---------- (2021). *Conferencia de prensa*. 26 de marzo 2021. México: Gobierno de México. Recuperado el 17 de mayo de 2021, de https://coronavirus.gob.mx/2021/03/26/conferencia-26-de-marzo-2/.

Secretaría de Trabajo y Previsión Social e Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (inegi). *Encuesta Nacional de Empleo*, México, Varios años; Comisión Nacional de Salarios Mínimos, *Informe Técnico*, México, Varios años.

Trueba Urbina, Alberto (1981). *Nuevo derecho del trabajo*, 6ª ed. México: Porrúa.

Valenzuela, Carlos (1992). "El estilo neoliberal y el caso mexicano". En Cristina Laurell Asa (coord.), *Estado y políticas sociales en el neoliberalismo*. México: Fundación Friedrich Ebert Stiftung.

Derecho laboral y de la seguridad social: Novedades, vicisitudes y retrocesos toca una temática que en México ha sido siempre vanguardista. Los nueve textos aquí agrupados miran su tema desde observatorios distintos y complementarios. Dos aspectos centrales, la globalización y la flexibilización, han sido determinantes para construir de forma idónea las normas y relaciones laborales actuales.

A través de estas páginas es posible recuperar una vista panorámica sobre el derecho laboral moderno, pasando por el análisis obligatorio de la reforma del 11 de enero del 2021, pero también a través de contextos inéditos como la pandemia de COVID-19 y sus repercusiones normativas y prácticas en la forma del teletrabajo o el *outsourcing*.

Es en este contexto globalizado donde se revisan temas tan trascendentales como los derechos de niñas, niños y adolescentes relacionados con las políticas públicas que buscan erradicar la violencia laboral; la responsabilidad empresarial sobre los accidentes de trabajo y las enfermedades ocurridas durante la realización de este; el quehacer de sindicalistas comprometidos con temas tan esenciales como son el pago de pensiones, el derecho a la huelga o los nuevos mecanismos de conciliación. Panorámica que se vale de una revisión histórica y crítica del derecho social y laboral en México.

Libro estimulante que nos conduce hacia el verdadero espíritu en que se cimentó un derecho laboral, el mexicano, que fuera ejemplo para el mundo, como en sus primeros años lo fue.

ISBN: 978-607-441-920-7

9 786074 419207

Grañén Porrúa Grupo Editorial

Campus Guanajuato | División de Derecho, Política y Gobierno

SECULARTE A.C.